جامعـــة الجـزائـر

معهد الحقوق والعلوم الادارية

مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي للقانون المدنى الجزائري

١٩٨٦

بحث للحصول على دبلـوم الماجستير فى العقـود والمسؤولية المدنيـة

اعـــداد :
مبـــارك صـــائـغى

اشراف الاستاذ :
مجـد الديـن دويـــــدر

اللجنـــة :

الدكتور : رئيسـا

الدكتور : عضـوا

الدكتور : عضـوا

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة //

سررت كثيرا بصدور القانون المدني الجزائري سنة 1975 شأني في ذلك شأن بقية القانونيين الجزائريين ، لأنه وضع حدا للقانون المدني الفرنسي نهائيا ، والذي استمر تطبيقه بعد الاستقلال لظروف موضوعية لم يكن أمام الجزائريين الا الرضوخ لها ، ولأن قانوننا جاء شاملا تقريبا من حيث تنظيمه لمختلف الروابط الاجتماعية التي تخضع لمثله في العادة وفي المصادر كذلك ، فقد تعرض لها في المادة الأولى ورتبها حسب الأولوية فنص على التشريع كمصدر أول ، ثم مبادئ الشريعة ثم العرف ، ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

هذا الترتيب كما هو مسلم به يوفر للقاضي إمكانية العثور على الحكم الملائم في هذه المصادر ويجنبه اللجوء الى الرأي الذي قد يوقعه في الحرج ، فضلا عما نهذا من ضبط للقضاء ، وأثر ذلك في المجتمع .

الى جانب هذه المزايا الكثيرة فان واضع تشريعنا عندما نص على مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر قد أضاف ميزة أخرى لاتقل عن المزايا السابقة من حيث الأهمية ، بل ربما فاقتها كثيرا والتي تتبدى فيما للتشريع الاسلامي من قيمة حقوقية لاينكرها الا من لايعرفه ، ولأن هذا النص محاولة أولى لاعادة الرابطة بين الجزائري المسلم وتشريعه الأصلي المستمد من المحجة البيضاء التي أنزلها الله على محمد صلى الله عليه وسلم النبي العربي الأمي هدى ورحمة للعالمين .

ساد هذا التشريع في الجزائر وفي غيرها من البلدان الاسلامية ثم خضع لنوع من العرف السلبي حيث استغنى عن أحكامه بأحكام أخرى استيقت من مصادر أخرى غير مصادره ، وكان هذا الاستغناء نتيجة لعوامل مختلفة ، وعندما زالت بدأ التراجع عن هذا العرف السلبي - يستعمل العرف السلبي عند القانونيين للدلالة على الحالة التي يكون فيها التشريع موجودا ولكنه لايطبق لسبب أو لآخر فعدم التطبيق لايلغيه ، وهذا ينطبق على التشريع الاسلامي لأنه غير خاضع للالغاء بطبيعته - تم هذا في بداية النصف الثاني من هذا القرن عندما نص القانون المدني المصري على

مبادىء الشريعة الاسلامية كمصدر احتياطي ، ثم أخذت بها كل التشريعات العربية ، ومنها التشريع الجزائري ، وهي كما يفهم لأول وهلة أنها تعني التشريع الاسلامي أي الفقه بمعناه عند الفقهاء ، وهو جميع الأحكام المستمدة من الكتاب والسنة والاجتهاد وما استقر عليه الأمر منذ فترة ليست بالقصيرة من اتباع مذهب معين من المذاهب الكثيرة والمختلفة والتي اقتسمت العالم الاسلامي .

وان كان استخدم للدلالة عليها مصطلح آخر وهذا لاضرر منه لأن القاعدة (لامشاحة في الاصطلاح) ولكن الحقيقة خلاف ، فقد استخدم مصطلحا جديدا للدلالة على معنى جديد هذا المعنى لم يتضح ، ولم يستقر الى حد الآن ، رغم الفترة الطويلة نسبيا التي مرت على ظهوره والانتشار الواسع ، مازال الى حد الآن غامضا ، وازداد هذا الغموض بسبب الآراء المقتضبة التي قيلت حوله وتعرضت لشرح معناه ، فأغلب كتب المدخل للقانون التي صدرت في العالم العربي ، بعد النص على مبادىء الشريعة كمصدر ، والتي تعرضت لها وحاولت تحديد معناها ، اكتفت بعبارات عامة مثل القواعد العامة المتفق عليها بين جميع المذاهب وكالأصول الكلية والجوهرية المتفق عليها بين جميع المذاهب أوكليات الشريعة وهي محل اتفاق بين الفقهاء ، أما آراء الفقهاء فيمتنع تطبيقها ، الى آخر العبارات التي استخدمت لشرح مصطلح فأصبحت بذاتها مصطلحات تحتاج الى شرح ، ونكرر أن مسألة المصطلح لاتعتبر مشكلة في ذاتها بشرط أن يكون المعنى واضح ومعقول وهذا مالم يتحقق في هذا الموضوع فقد شرح كل واحد من فقهاء القانون معنى مبادىء الشريعة حسب مافهمه هو وحسب مايريد فاختلفت الآراء كثيرا وتباينت وانتهت الى نتائج بعيدة عن بعضها كثيرا كما ابتعد بعضها عن الواقع تماما ، فقد انتهى بعضهم الى نفي صفة المصدر عن الشريعة تماما ، وبعضهم وضعها في مرتبة لاتتفق مع مكانها وحقيقتها ، وجعلها في مرتبة القانون الطبيعي ، رغم مابين الشريعة الاسلامية وبين هذا القانون من فرق شاسع لايمكن بأي حال من الأحوال المقارنة بينهما ، فالفرق بينهما كالفرق بين الخيال والحقيقة ، فالشريعة حقيقة والقانون الطبيعي خيال ، في حين غالى بعض الفقهاء في تقدير الفقه الاسلامي ، غلوا وصل الى حد

التضحية بأبسط الشروط التي دون المسلمون على الحرص عليها ، والسبب في هذا التباين ان وضع مبادىء الشريعة كمصدر ، تم بدون مشاركة أهل الاختصاص الحقيقيين ، فقهاء الشريعة فقد استبعدوا ربما بسبب الوصف الذي أعطى لهم كرجال دين ، ونظرا لبعض اليهم على هذا الأساس ، وحصر اختصاصهم بالتالي في آداب الطهارة وأحكام النافلة بعد العصر ، وهي نظرة خاطئة ، فالنظرة الحقيقية اليهم يجب أن تتم على أساس أنهم علماء أصحاب اختصاص علمي على الأقل ، هذا اذا استكثرنا عليهم ، ماذهب اليه فضيلة الشيخ الغزالي من أنهم أهم خطوط الدفاع في مواجهة التحدي الثقافي، فوضع الشريعة في المكان الذي شاء ، وأعطى لها المعنى الذي اختاره ، فأدى هذا الى تباين وجهات النظر واختلافها وتعددها في موضوع من أكثر الموضوعات التي تتطلب الدقة وعدم الاختلاف كثيرا ، لأنه يتعلق بأحد مصادر القانون ، ومصادر القانون يجب أن تكون واضحة وضوحا تاما ومحددة تحديدا دقيقا حتى يكون القائم بتطبيق القانون على دراية تامة بالدائرة التي يتحرك في حدودها والا انفرط الأمر وساد التحكم في حريات الناس وأموالهم الى غير ذلك ، مما عبر عنه الفقهاء بمقاصد الشريعة . هذا من جهة ، ولأن الموضوع يتعلق بالشريعة الاسلامية من جهة أخرى ، وهي المحجة البيضاء فطبيعتها واضحة لاتقبل ما ينقص هذا البيان .

من هنا تظهر أهمية الموضوع وضرورة العناية به ، ورغم هذا فان أحدا لم يتعرض له من قبل ويوليه مايحتاج من عناية ويزيل عنه الغموض الذي أحاط به ، ويفرز النتائج الكثيرة التي انتهى اليها من تعرض له باختصار فيستبعد منها مايستحق ذلك ويحافظ على الصالح منها .

هذا مابدا لي ولذلك اخترته كموضوع للبحث وعرضته على الأستاذ مجد الدين دويدر فقبله ، وقبل الاشراف علي وتوجيهي لاعداده كرسالة جامعية ، واني اذ أقدم على دراسته فانني لاأزعم الاحاطة التامة بكافة جوانبه ، ولا أراهن على أن ما أنتهي اليه سوف يكون في مستواه لأن الموضوع متشعب ، ودقيق وحساس في نفس الوقت تكتنفه صعوبات جمة منها ماهو عادي يعترض كل باحث ويثور بصدد كل بحث ، وهذا لا أشير اليه ، وهو ماهو استثنائي بسبب خصوصية الموضوع .

أول هذه الصعوبات الاستثنائية الشريعة الاسلامية ذاتها التي تكون بعلومها المختلفة

يما متلاطم الأمواج ، لايستطيع الإبحار فيه والاهتداء الى شاطئة الا من أعد للابحار فيه ، ونحن القانونيين تكويننا بعيدا عنها ، ففي الشريعة عدة علوم قائمة بذاتها ، ولكنها تجتمع في تخصص واحد ، فهناك كتاب الله وسنة رسوله وهما الأصول الأولى والمصادر الأصلية لكل الدراسات الاسلامية والفقه كأحكام ، وعلم أصول الفقه ، وهي التي تكون التشريع الاسلامي بنظرتنا نحن القانونيين وهذه كلها علوم بحتة ، وهناك العقائد المختلفة السنة وغير السنة خاصة مايتعلق منها بالفقه ، وهذه لابد وأن تؤخذ بعين الاعتبار ، لانها في نظرنا من الاساسيات لأن واقع الفقه الاسلامي اقتضى هذا ، فدراسته بالنسبة للمقاصد يجب أن تتم في هذا الاطار ، والقول بغير هذا معناه فتح الباب أمام التلفيق ، أو مايعبر عنه بحاطب ليل ، لايعرف على ماذا يقع . هذه الأمور يجب على من يتصدى لمثل هذا الموضوع أن يكون على بينة منها وأن يحذر من الخطأ فيها ، لأن طبيعتها كعقيدة وشريعة تجعل الخطأ الميليزفيها لايغتفر ولكن هذا لايتطلب كثيرا في موضوع كهذا لانه لايتعلق بالحلال والحرام ، أو ترجيح رأي من الآراء فيها ، أو يتعرض لامام من أئمتها وانما يقتصر على محاولة معرفة مدى اقتراب الآراء المختلفة التي قال بها فقهاء القانون الوضعي من الشريعة وهل هي مصدر حقيقة أم لا ؟ على ضوء هذه الآراء طبعا وان كان يتطلب التعرض للعلوم الكثيرة التي تكون الشريعة ومعرفة أساسياتها وهذه عملية شاقة على غير الدارس للشريعة دراسة متخصصة .

الصعوبة الثانية تكمن في الموضوع نفسه فهو يضم عدة آراء مختلفة كثيرا بعضها أنكر على الشريعة صفة المصدر أصلا ، وبعضها ذهب الى أن جميع المذاهب الفقهية يجب العمل بها والاخذ بها ، وبينهما آراء أخرى ، وكل رأي من هذه الآراء يصلح وحده موضوعا لدراسة مستقلة ، الا أن ارتباط هذه الموضوعات بأساس واحد حتم دراستها مع بعضها في وقت واحد لأن فصلها عن بعضها لايفضي الى نتيجة مقبولة مهما كانت واضحة لأن ارتباطها بالنتائج التي تترتب عن الآراء الأخرى هو الذي يبين قيمتها بصورة واضحة ونهائية وهذا أثر في عملي كثيرا فيما يتعلق ببعض الحقائق التي اضطررت الى تجزئتها واختصارها لدرجة قد تخل بالمعنى ، ولاتظهر كما يجب الا بقراءة البحث كله لأني أحيانا أتعرض لجزء في مكان وأكمله في مكان آخر ، وأحيانا أضطر الى التكرار .

الصعوبة الثالثة تتعلق بكيفية التعرض للفقه الاسلامي كأساس واطار عام ، هل أتعرض له في البداية ثم أحاول أن أربط به الآراء المختلفة ، الا أن هذا وان كان مقبولا من الناحية المنهجية الا أنه يتطلب دراسة كاملة للفقه الاسلامي من جميع جوانبه ، وهذا اذا تم فان الموضوع يتحول الى تاريخ للفقه الاسلامي وهذا ليس مطلوبا مني ، لذلك فضلت أن أدرس كل رأي على حدة دراسة موضوعية بهذه الطريقة أستطيع أن أكشف جميع جوانبه على ضوء القدر المتوفر لدي من المراجع ، والتي عانيت كثيرا في جمعها وما استطعت استيعابه فضلا عما يتطلبه الموضوع من مقارنة بين بعض مفاهيم القانون الوضعي والتشريع الاسلامي .

كل هذا آملا في أن أرفق في النهاية والقي الضوء على الموضوع ، واجمع شتاته في مرحلة أولى لأدرسه دراسة وافية ، تطبيقية في مرحلة ثانية مستقلة ، ولتحقيق هذا رأيت أن أتعرض له بالطريقة التالية : فقد قسمته الى بابين :

الباب الأول : الشريعة كمصدر ، وقسمته الى فصلين .

الفصل الأول : في معنى المصدر وأنواعه ، وهذا الفصل قسمته الى ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : المصدر المادي والرسمي .
المبحث الثاني : أسباب تحول الشريعة الى مصدر احتياطي .
المبحث الثالث : الوضع الحالي للشريعة .

الفصل الثاني : مفهوم الشريعة ، وهذا قسمته الى ثلاثة مباحث .

المبحث الأول : الشريعة والفقه .
المبحث الثاني : الحكم الشرعي .
المبحث الثالث : أسس ومقاصد الشريعة .

الباب الثاني : مبادئ الشريعة ، وقسمته الى فصلين .

الفصل الأول : المبادئ العامة ، وقسمته الى مبحثين .

المبحث الأول : المبادئ العامة في الدراسات المقارنة .
المبحث الثاني : معنى مبادئ الشريعة الاسلامية عند أنصار الاتجاه المضيق .
المبحث الثالث : الاتجاه الوسط في مفهوم مبادئ الشريعة .

الفصل الثاني : الاتجاه الموسع في مفهوم مبادئ الشريعة ، وقسمته الى مبحثين .

المبحث الأول : الأسباب العلمية .

المبحث الثاني : الأسباب السياسية .

الباب الأول

الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي

يعتبر نص المادة الأولى مدني جزائري التي نصت على مصادر القانون بصفة عامة من النصوص الحديثة التي عرفت منذ مدة ليست بالطويلة في الأنظمة القانونية الوضعية ، وهي بهذا تعتبر احدى ثمرات تطور الفكر القانوني الوضعي ، وهي ثمرة لها قيمتها الكبيرة بالنظر الى الغرض الذي حققته ، اذ توفر للقاضي ينابيع متعددة ومختلفة ليغترف منها الأحكام الملائمة للقضايا التي تطرح أمامه ويبت فيها بسهولة وبسرعة وبكيفية مرضية .

جاءت هذه المادة ، أو هذا النص علاجا للمشكلة التي واجهت الانسان منذ وجد على وجه الأرض ، وعرف الحياة الجماعية ، وميز بين الحق والباطل ، وعرف العدل واعتبره احدى الكمالات أو الكمال الذي يجب تحقيقه لأنه أساس الحياة المشتركة ، كاحدى الضروريات التي لايمكن الاستغناء عنها .

اهتدى الانسان الى وسيلة لتحقيق هذه الأمنية بالنظام الذي ابتكره وقننه ، وعمل طويلا على تطويره وتعديله حتى يقترب من هدفه المنشود وكانت وسيلته الى ذلك عقله ، الا أن العقل لم يستطع القيام بدوره بسبب قصوره ويمكن الوقوف على كل هذا باستعراض المدارس المختلفة التي تصدت لتفسير ظاهرة القانون وبيان جوهرها . ازاء عجز العقل الانساني عن الاهتداء الى ضالة الانسان المفقودة ، أرسل الله الرسل ليكملوا هذا النقص ويرشد العقل الانساني الى مالم يستطع ادراكه ، وكانت الشريعة الاسلامية آخر هذه الشرائع وأكملها فقد جاءت بتشريعات دينية ومدنية كافية لتنظيم كافة الروابط الاجتماعية بما وفرته من قواعد ثابتة في المواضيع التي تحتاج الى الثبات ، وقواعد مرنة للمجالات التي تحتاج الى مرونة ، شهد بهذا تاريخها الطويل ، عندما طبقت وحدها كنظام قانوني متكامل مصادره داخلية نابعة منه ، وتابعة وخادمة له الى أن أصبح أتباعه دون مستواه فتخلت عن جزء من اختصاصها

ـ الجانب الدنيوي ـ نهائيا ثم عادت وأعيدت كمصدر احتياطي الى جانب المصادر الأخرى المختلفة .

ان وضع مبادئ الشريعة كمصدر يعتبر في الحقيقة ، توفير المعين لا ينضب يمكن الاخذ منه باستمرار وفي جميع المجالات ، اذا قدر حق قدره واستغل استغلالا حقيقيا وهذا يتوقف على نظرة واضع التشريع اليها ، والمجال الذي خصصه لها ، وكذلك نظرة الفقهاء اليها ، ولمعرفة هذا خصصنا هذا الباب للشريعة كمصدر احتياطي لبيان مكانتها بين المصادر ومجالها ، هل تقتصر على القانون المدني أم تشمل جميع فروع القانون ، والاسباب المختلفة التي أدت الى اعتبارها مصدرا احتياطيا ، في الفصل الأول ، والثاني سنتعرض لمفهوم الشريعة كنظام قانوني .

الفصل الأول

في معنى المصدر وأنواعه

تعني كلمة مصدر في اللغة ، المرجع أو الأصل ، أو أعلى مقدم كل شئ وأوله ، وفي اصطلاح شراح القانون الوضعي تستعمل للدلالة على عدة معاني مختلفة، عند تحليلهم للقاعدة القانونية . فالبعض منهم يحللها الى عنصرين[1] :

1) **الحكم أو المضمون أو الجوهر** : وهو عبارة عن تنظيم معين لشأن من شؤون الجماعة، ويطلقون على هذا العنصر القاعدة أو جوهرها .

2) **الجبر والالزام** : وهو كذلك عبارة عن افصاح واضع التشريع عن هذا الجوهر أو المضمون في شكل معين .

فلكي تتكون القاعدة القانونية ، لابد من مصدر تغترف منه مادتها أو جوهرها ، ولابد من صفة الالزام بها، وينتهون من هذا الى أن للقاعدة مصادر مادية أو موضوعية ، ومصادر شكلية أو رسمية[3] ، وهناك من يستعملها الى جانب المعنيين السابقين ، للدلالة على معاني أخرى[4] كالمصدر التاريخي ويقصد به الاشارة الى الوثيقة التاريخية التي استقى منها القانون بعض أو جل أحكامه ، وكالمصدر التفسيري ويقصد به الجهة التي قامت بتفسير القانون وبيان غامضه وتقييد عامه .

---

1) لسان العرب / لابن منظور / جـ6/ المؤسسة المصرية للتأليف والانباء والنشر / بدون تاريخ ص115 .
2) وحيد الدين سوار/ محاضرات القاها على طلبة الماجستير بمعهد الحقوق جامعة الجزائر مطبوعة على الآلة / 1980/ ص81
— هشام القاسم / **المدخل الى علم** القانون / طبعة 1978/ جامعة دمشق/ ص110 .
3) هشام القاسم / المرجع السابق / ص111 . حسن كيره/ المدخل الى القانون طبعة 1971 / منشأة المعارف الاسكندرية / ص95 . محمود نعمان / موجز المدخل للقانون / طبعة 1975 / دار النهضة العربية / بيروت/ ص64 . أنور سلطان/ المبادئ القانونية العامة / طبعة 1981/ ص67 . عبد المنعم فرج الصده/ مبادئ القانون طبعة 1971 / دار النهضة العربية / بيروت .
4) عبد الرزاق السنهوري ، وحشمت أبو ستيت/ أصول القانون/ طبعة 1946/ ص22
— هشام القاسم / المرجع السابق / ص112

في حين يوجد من ينكر هذه المعاني ويكتفي بمعنى واحد فقط ويذهب الى أن للقانون مصدرا واحدا فقط هو المصدر الرسمي (أما مايطلق عليه المصدر الموضوعي أو المادي ، فتسمية في غير محلها ، وأنها تؤدي الى الخلط بين المصدر و... مصدر القانون وجوهره ، ولايجد رفي نظرية صحيحة للقانون ...)(1) .

يتبدى مما سبق أن لكلمة مصدر ... واحدا من الناحية اللغوية أما من الناحية الاصطلاحية ، فان الاجماع منعقد على أحد هذه المعاني وهو المصدر الرسمي ، أما بقية المعاني فقد ... ، الا أن هذا الاختلاف لايؤثر في كون القاعدة القانونية تتكون من العنصرين المشار اليهما آنفا ، لذا فاننا لانتعرض لهذه المعاني جميعا ، بل نقتصر على معنيين فقط هما : المصدر المادي والمصدر الرسمي ، لكن قبل ذلك نسجل ملاحظة على مايطلق عليه المصدر التاريخي ، فقد ذهب بعض الشراح(2) ، وعلى رأسهم العلامة الكبير المرحوم عبد الرزاق السنهوري الى أن القانون عندما يقتبس بعض الأحكام من القوانين الأخرى ـ الأجنبية ـ فان هذه القوانين تعتبر مصدرا تاريخيا لهذا القانون ، وساق أمثلة لذلك ، اذ اعتبر القانون الروماني هو المصدر التاريخي للقانون المدني الفرنسي ، الذي يعتبره بدوره مصدرا تاريخيا للقانون المدني المصري ، دون أن يبين لنا أهمية هذا المصدر وفائدته العملية(3) ، ولكنه لم يتقيد برأيه ، عندما شرح القانون المدني المصري الجديد

---

1) سمير تناغو/ نظرية القانون / طبعة 1973/ منشأة المعارف/ الاسكندرية/ ص 273
عبد ارحمن البزاز / مبادئ أصول القانون / ط2 / 1958/ ص 106
2) د .وحيد الدين سوار/ المرجع السابق/ ص 82/ الذي ذهب الى أن القاعدة (قد تستمد من السوابق التاريخية، التي مرت بها الأمة ، مثل اشتراط أن يكون الاسماء جزائرية المادة 28 م.ج ، ويسمى هذا النوع من المصادر المادية بالمصادر التارخية) .
د .عبد المنعم فرج الصده/ المرجع السابق/ ص 63 . د .هشام القاسم/ المرجع السابق ص 111 . د .عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت / المرجع السابق/ ص 27 .
3) د .عبد ارزاق السنهوري / الوسيط في شرح القانون/ دار احياء التراث العربي بيروت/ ج1 ص 52، 54
مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج1 / ص 133 .

اذ ذهب بخصوص النصوص التي اقتبست من القوانين الأجنبية ، كالقانون المدني الألماني والقانون المدني السويسري الا أن هذه النصوص تعتبر منفصلة تماما عن مصادرها الأجنبية (وأن هذه النصوص لها كيان ذاتي به تعيش في البيئة التي تطبق فيها ، ويجب الرجوع في تفسيرها وتطبيقها الى مصادرها الموضوعية من قضاء مصري سابق ، ومن فقه مصري تقليدي ، أما التقنيات الأجنبية فلا يرجع اليها الا لاغراض علمية بحتة ، كالموازنة بين الشرائع المختلفة ...) لأن لهذه النصوص كيان ذاتي به تعيش في البيئة التي تطبق فيها ، ولتوثيق صلتها بما أحيطت بها من ملابسات ، وهذا ما ذهب اليه معتمدا على رأي الفقهاء الفرنسيين (مالي) وغيره .

هنا نتساءل اذا كان النص أو النصوص وليدة الحاجة والبيئة ، سواء وضعت بداءة أو اقتبست من قوانين أجنبية ، وأن هذا الاقتباس يفصلها نهائيا عن مصدرها الأصلي ، وأن تفسيرها وتطبيقها يجب أن يتم بعيدا عن هذا المصدر ؟ علاوة على عدم وضوح معنى هذا المصدر ، اذ يعتبر في نظر البعض عبارة عن السوابق التاريخية التي مرت بها الأمة ، فما الحاجة الى هذا المصدر والى القول به ، فالشيء الذي نستخلصه من هذا أن المصدر التاريخي له معنى مجازي أكثر مما هو حقيقي (1) .

1) اتجه السنهوري الى هذا الرأي حتى يغلق الباب أمام الرجوع الى القوانين الجرمانية التي اقتبس منها بعض الأحكام ، أو أهم الأحكام التي جاء بها القانون المدني الجديد ومع ذلك فلم يمنع من الرجوع الى القوانين الفرنسية ، والى فقهها باعتبارها المصادر التاريخية للقانون المدني المصري القديم ، وان كان اجاز الرجوع اليها للاغراض العلمية الوسيط / ج1 / هامش1 / ص 54 .

لا نعتقد أن أهمية المصدر التاريخي تخفى على أستاذ مثل السنهوري ، فهي تساعد على التعرف على الظروف التي أحاطت بوضع النصوص وتطبيقها ، والعوامل التي أثرت في ذلك سلبا أو ايجابا ، حتى نكون على بينة فيما نعمل ، ولكنه اتجه هذا الاتجاه حتى يحافظ على تناسق أحكام القانون المدني ، وسوف نتعرف على موقفه أكثر فيما بعد عندما نعرض مفهوم مبادئ الشريعة وموقفه منها .

الا أن هذا لايسري على الشريعة الاسلامية ، فهي تعتبر جزءا من البيئة التي تطبق فيها النصوص التي اقتبست منها ، وواضع التشريع عندما يأخذ منها حكما أو أحكاما ، فانه لايعتبر قد اقتبس ، وانما يعتبر قد رجع رأيا من الآراء التي يزخر بها فقهها ، كما أنه لايعتبر قد وضع حكما جديدا ، فأحكامها موجودة ، وعدم تطبيقها لايعني أنها أصبحت منتهية وأنها دخلت التاريخ فكل مافي الأمر أن عدم تطبيق أحكامها يعتبر عرفا سلبيا ، والعرف السلبي كما نعرف لايلغي التشريع ، ومن ثم فانه لاتثريب على المفسر أو المطبق اذا رجع اليها في تفسير هذه الأحكام أو تطبيقها .

المبحث الاول

المصدر المادي والمصدر الرسمي

الفرع الاول : **المصدر المادي :**

يعني المصدر المادي عند القائلين به ، الاصل الذي استقى منه القانون مادته أو موضوعه ، ويردون هذه المادة الى مجموعة العوامل الطبيعية والدينية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ويطلقون على هذه العوامل عنصر الواقع ، ويضيفون اليهما عنصرا آخر هو عنصر المثال .

يعتبر هذا المصدر في نظرهم هو المصدر الحقيقي ، لانه يكشف عن أصل القانون من حيث طبيعته وحقيقته ، وقد كانت هذه العناصر من المسائل التي ورد فيها الخلاف بين المهتمين بدراسة القانون سواء كانوا فلاسفة أو فقهاء وتباينت بشأنها وجهات نظرهم تباينا كبيرا .

فقد ذهب بعضهم الى أن القانون يستمد من ارادة الحاكم ومشيئته (1) (مذهب أوستن) ، ومنهم من ذهب الى أن مادة القانون تستمد من مثل أعلى من القانون الطبيعي (2) الذي يجمع الشراح على نسبته الى فلاسفة اليونان ، ثم أخذه الرومان ، ثم انتقل الى الكنسيين في العصور الوسطى ، والى فقهاء القانون

---

1) أنظر في عرض هذا المذهب وأنصاره ، والانتقاد الذي وجه اليه . د . عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت / المرجع السابق / ص 22 ومابعدها . د . عبد الرحمن البزاز/ المرجع السابق / ص 68 ومابعدها . د . هشام القاسم/ المرجع السابق/ ص 49 ومابعدها الذين أطلقوا على هذا المذهب ــ المذهب الشكلي ــ وهو مذهب مهجور من طرفهم ، لانه يقف عند الظاهر ولا يحاول التغلغل الى ما هو أبعد من ذلك ، اضافة الى انتقادات أخرى لا مجال لذكرها هنا ، ورغم وجاهة الانتقادات والمآخذ التي سجلت على هذا المذهب ، فهو له ميزة تتمثل في نظرنا في أنه كان تعبيرا عن الواقع الذي ظهر فيه وسوف نشير الى الدافع الذي حدا بأصحابه الى القول به .

2) أنظر في عرض مذهب القانون الطبيعي وتطوره . د . سمير تناغو / المرجع السابق/ ص من 130 الى 154 . د . حسن كيره/ المرجع السابق / ص من 99 الى 121 . د . عبد الرحمن البزاز/ المرجع السابق / ص 42 ومابعدها . د . عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت/ المرجع السابق / ص 33 ومابعدها .

في العصور الحديثة ، وازدهر أكثر في فرنسا في القرنين السابع والثامن عشر في حين ذهب البعض الاخر الى أن مادة القانون لاتستمد من مشيئة الحاكم ولا من مثل أعلى — القانون الطبيعي — بل من ارادة المجتمع وتطوره عبر التاريخ (مذهب سافيني) (1) .

ومنهم من ذهب الى أن مادة القانون تستمد من جملة اعتبارات واقعية وتاريخية وعقلية ومثالية ، أو من الواقع والمثال ، (مذهب جيني) (2) .

هذه هي أهم الآراء والنظريات أو المذهب حسب التسميات المختلفة التي حاولت تفسير ظاهرة القانون وبيان مادته أو جوهره ، وهي في مجموعها وان كانت قد اتفقت على شيء واحد ، وهو مادة القانون ، الا أنها اختلفت في النتيجة ، ويعزى هذا الاختلاف الى قصر النظر على ناحية دون بقية النواحي وهذا تبعا لاختلاف الطرق والمناهج ، لذا أظهر كل واحد منها جانبا واخفق في اظهار بقية الجوانب (3) ، لذا فاننا نشاطر الدكتور توفيق المطار في استبعاد هذه المذاهب ، والاخذ بماذهب اليه ، من أن المصدر المادي للقانون يتكون من ثلاث عناصر هي : الواقع والغاية والنظام السياسي .

فالواقع هو مجموع العوامل الطبيعية والتاريخية والدينية والاقتصادية والاجتماعية ، أما الغاية فهي المصالح التي يراد حمايتها بالقانون ، هذه المصالح قد تكون مثلا أعلى ، كالعدل أو الحرية أو المساواة أوالتضامن أو التعاون ، وقد لاتكون مثلا أعلى كتغليب مصالح طبقة معينة على مصالح الطبقة أو الطبقات الاخرى .

---

1) راجع في عرض المذهب التاريخي (مذهب سافيني) د .حسن كيره / المرجع السابق/ ص 123 . د .عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق / ص 59 ومابعدها .د .هشام القاسم المرجع السابق/ ص 56 ومابعدها .د .عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت / المرجع السابق /

2) د .حسن كيرة/ المرجع السابق/ ص 141 ومابعدها .د .عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبو ستيت / المرجع السابق /

3) د . عبد الناصر توفيق العطار / مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية/ مطبعة السعادة / القاهرة 1979 / ص 138 ، 139 .

أما النظام السياسي : دور النظام السياسي لا ينكر ، اذ تعاظم دوره مع تعاظم دور الدولة وازدياد قوتها ، وقد أصبح الآن الوسيلة الاكثر (1) ملاءمة والاكثر نجاحا في فرض القانون ، الا أن النظام السياسي لا يفرض اراداته الا اذا راعى العوامل الاخرى .

والمقصود بالنظام السياسي كل من له سلطة التحكم في النظام القائم ، سواء كان فردا أو هيئة ، حزب أو برلمان ، أو غير ذلك من الاشكال السياسية .

وقد أيدنا هذا الاتجاه دون غيره لأن النظريات أو المذاهب الأخرى ، المشار اليها تؤيد هذا الاتجاه ويتأكد ذلك اذا نظرنا الى كل نظرية نظرة تأملية شاملة ، ضمن البيئة التي ظهرت فيها ، فاننا نجد العوامل الثلاثة وراء ذلك .

فمذهب القانون الطبيعي مثلا ، الذي راج رواجا كبيرا في فرنسا في القرنين السابع عشر والثامن عشر ، والذي تأثرت به الثورة الفرنسية ، (2) وظهر هذا التأثر في اعلان حقوق الانسان الذي أصدرته سنة 1789 ، والذي نص في مادته الاولى على أن ـ الناس يولدون أحرارا ويستمرون متساوين في الحقوق ـ وفي مادته الثانية على أن ـ الغاية من كل مجتمع سياسي هي المحافظة على الحقوق الطبيعية الخالدة للانسان وان هذه الحقوق هي الحرية والملكية والأمن ـ كان يعكس الحالة الفكرية العامة السائدة آنذاك ، ففرنسا كانت قبل ثورتها قد استكملت وحدتها السياسية منذ زمن بعيد ، وكانت خاضعة لحكومة مركزية قوية الا أن المشكلة التي كان المجتمع الفرنسي يعاني منها هي شدة الحكومة وبطشها ، لذا اتجه الفكر بمجالاته المختلفة (أدب ، اجتماع ، قانون) الى فكرة القانون الطبيعي وما يتصل بها من أراء وفرضيات ، وما توحي به من مثل عليا رفيعة ، هي خير ما يجب أن تتوجه اليه الافكار حيث تجد متنفسا ومهربا من الواقع الذي يحسون بثقل وطأته ، وهكذا كانت فكره القانون الطبيعي التي تغنى بها (فولتير) في شعره وأشاد بها (روسو) في فلسفته ، والفيزوقراط

1) د . عبد الناصر توفيق العطار / المرجع السابق/ ص 150
2) د . عبد الناصر توفيق العطار / المرجع السابق/ ص 133 ، 134 ، 135 .

في اقتصاد ياتهم-المأمن الذي يركن اليه .(1)

أما نظرية التطور التاريخي التي قال بها الفيلسوف الالماني (سافيني) فهي بدورها ماهي الا تعبيرا عن ذلك ، ومحاولة لتغييره (فألمانيا كانت على نقيض فرنسا لم تحقق وحدتها السياسية وكان مايشتكي منه الالمان هو تعدد الحكومات في المانيا ، على الرغم من توافر المقومات الاساسية للامة ، وكان أمل الالمان في ذلك الوقت هو تحقيق الوحدة لذلك اتجه الفكر الالماني بكل قواه الى كل مايؤدي الى تأييد هذه الوحدة ، ويعمل على تحقيقها) فنظرية (سافيني) تندرج في هذا السياق ، اذ تقرر أن القانون كامن في ضمير الشعب وأنه لا يصدر عن سلطة شكلية ، فالقانون الواحد الصادر عن الشعب دليل آخر على وحدة الامة الالمانية ، وليس هناك وحدة جامعة غير وحدة الشعب .(2)

أما نظرية (أوستن) فقد ظهرت في انجلترا التي كانت قد وفقت قبل القرن التاسع عشر بقرون الى تحقيق وحدتها القومية ، وتخلصت من نظام الحكم المستبد ، واستطاعت أن تحقق مبدأ سيادة الشعب عن طريق ممثلي الشعب والملك (السلطة التشريعية) ممثلة في مجلس العموم بمجلسيه ، اللوردات والنواب .(3)

فالقانون اذن لا يمكن أن يكون الا مايصدر عن صاحب السيادة ، ونظرية (أوستن) لاتخرج عن هذا وانما تعبر عنه بصدق ، فالقانون عبارة عن الأوامر الصادرة عن السلطة صاحبة السيادة .

---

1) د . عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق / ص 100
2) د . عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق / ص 101
3) د . عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق / ص 102

الفــرع الثاني : المصدر الرسمي :

القاعدة القانونية لا تتكون من الجوهر أو المضمون فقط ، وانماتحتاج الى شكل تخرج فيه لكي تكتسب صفة الالزام ، وتصبح نافذة وتكتسب هذه الصفة بافصاح صاحب الحق في الالزام بها عن طريق النص عليها ، وهذا مايطلق عليه المصدر الرسمي أو الشكلي .

والمصدر الرسمي في الحقيقة هو المصدر الحقيقي ، لانه هو الذي يكشف عن القاعدة وهو الذي يوفر لها قوة النفاذ ، ومما لم يرد فيه لا يعتبر قواعد قانونية واجبة الاتباع .

والمصدر الرسمي لا ينحصر في طريقة واحدة من طرق التعبير عن القاعدة ، وانما يتعدد بدوره الى عدة مصادر يختلف عددها تبعا لاختلاف النظم القانونية ، وبالنسبة للجزائر فقد عددت المادة الاولى من القانون المدني الجزائري (1) الصادر في 26 سبتمبر 1975 هذه المصادر بأنها التشريع ، مبادئ الشريعة الاسلامية ، العرف ، مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ونص المادة " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ، واذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " .

---

1) هذه المادة تقابل المادة الاولى من القانون المدني المصري الصادر سنة 1948 التي نصت على : " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها ، فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة " . والمادة الاولى من القانون المدني السوري الصادر سنة 1949 وتطابقها والتي نصت على :

" 1ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

2 ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية فاذا لم توجد فبمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة " . وتقابل المادة الاولى من القانون المدني العراقي الصادر في 1951 التي نصت على أن :

" 1ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

2 ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد

فالترتيب الوارد في المادة الاولى ، لم يأت بقصد تعدادها فقط بل لبيان تدرجها من حيث الاولوية في التطبيق (1) ، فيجب على القاضي تبعا لذلك أن يتلمس حكم الواقعة المعروضة أمامه في التشريع ، سواء استخلص هذا الحكم من عبارات النص أو النصوص أم من روحها ، مستعملا في ذلك كافة أساليب التفسير ولا يجوز له اللجوء الى المصدر التالي الا اذا تعذر عليه العثور على حكم ، أو اذا كان ذلك المصدر قد أحال على مصدر آخر ، وعلى ذلك تكون المصادر الرسمية للقانون الجزائري هي التشريع ثم مبادئ الشريعة الاسلامية ، ثم العرف ثم مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، ويعتبر التشريع هو المصدر الرسمي الاصلي والاهم (2).

= بمذهب معين ، فاذا لم يوجد ، فبمقتضى قواعد العدالة .
3 ــ وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية " .

وهذه المادة ، أي المادة الاولى من القانون المدني الجزائري ، والقوانين المقابلة لها في القوانين العربية منقولة عن القانون المدني السويسري ، الذي يعود له الفضل الى جانب القانون المدني الالماني في العناية بالابواب التمهيدية خاصة فيما يتعلق بالمصادر وبتنازع القوانين ، ولا نظير لهذه المادة في القانون المدني الفرنسي ، وقد برر فقدان مثل هذه المادة من هذا القانون لانه وضع في عهد ساد فيه الايمان بكفاية التشريع دون غيره من المصادر لانتاج جميع القواعد القانونية ، أنظر في هذا المعنى (مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج1 / ص 174 ــ 173) .

1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج1 / ص 187 ، د . عبد المنعم فرج الصده / المرجع السابق / ص 66 .

2) حدد واضع التشريع أربعة مصادر للقانون ، الا أن هذه المصادر ليست على درجة واحدة من حيث الاهمية في المجال العملي ، وهذا لا يعود الى أن القاضي ملزم بتطبيق التشريع أولا ولا يلجأ الى مصدر تالي الا اذا تعذر عليه العثور على حكم في المصدر الاول انما يعود لاسباب أخرى هي :

أ ــ ان التشريع أصبح في الوقت الحاضر المصدر الذي يقوم بالدور الاكبر في انتاج القواعد القانونية في جميع الدول تقريبا ، وتعاظم دوره أكثر في الجزائر بعد الاستقلال بسبب الظروف الخاصة بها ، وبسبب مقتضيات التحول الاشتراكي التي فرضت تدخل الدولة في جميع الميادين ، وجميع القطاعات لاحداث التغيير المطلوب وتنظيم العلاقات الناشئة عن هذا التحول بسلسلة متصلة من القوانين المتلاحقة منذ الاستقلال الى اليوم . هذا السيل المنهمر من القوانين ، قلص كثيرا من دور المصادر الاخرى .

ب ــ عدم توافر بعض المصادر على مقومات المصدر بالمعنى الحرفي للكلمة ، لعدم احتوائها على قواعد بالمعنى المتعارف عليه ، وانما هي عبارة عن موجهات ترشد القاضي في اجتهاده عند عدم عثوره على حكم في المصادر الاخرى ، هذه المصادر هي مبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي

ج ــ اتجاه الغالبية العظمى من المشتغلين بالصناعة القانونية الى تقييد مجال المادة الاولى من القانون المدني بالعلاقات الخاضعة للقانون المدني ، رغم أنها المادة الوحيدة التي حددت المصادر ، اما بقية فروع القانون الاخرى فلا تحتوي على نظير لهذه المادة .

أما بقية المصادر ، مبادئ الشريعة الاسلامية ، والعرف ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة فمصادر احتياطية تقوم بدور ثانوي مكمل لدور التشريع .

وقد ثار تساؤل حول هذا التعداد الوارد في المادة الاولى مدني ، هل يقتصر بالتالي على هذا القانون أم يتعداه الى بقية فروع القانون .

قبل الاجابة على هذا التساؤل نشير الى أن القانون المدني الجزائري صدر دون أن يرفق بمذكرة ايضاحية ودون أن تنشر مجموعة الاعمال التحضيرية التي سبقت اصداره ، الامر الذي يفتح الباب على مصراعيه أمام التأويلات المختلفة ، ليس في هذه المسألة بالذات وانما في كثير من المسائل التي اشتمل عليها ، ولا يكون أمام المفسر أو الدارس الا عبارات النصوص ذاتها وما تحمله من دلالات .

كما نلاحظ أيضا أن واضع التشريع الجزائري استعمل عبارات عامة في نص المادة التي نحن بصددها ، ولم يورد مايشير صراحة أو ضمنا الى ما اتجهت اليه ارادته ، فهو اكتفى بعبارات القانون[1] ومبادئ الشريعة الاسلامية ، والعرف[2] ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة اسوة بالتشريعات العربية الاخرى ، مع اختلاف بسيط ، حيث أن الاخيرة استعملت النصوص التشريعية ، وواضع التشريع الجزائري استعمل عبارة القانون ، وكلا العبارتين تعنى شيئا واحدا ، هو مجموع مايصدر من قواعد مكتوبة عن السلطة المختصة وفقا للاجراءات الواجبة الاتباع ، بصرف النظر عن الغرض الذي تستهدفه هذه القواعد والاشخاص الذين توجه اليهم ، والحقوق التي تتناولها حقوق عامة أم خاصة .

وقد حاول واضع التشريع المدني المصري الاجابة على هذا كله ، فذهب بخصوص الفصل التمهيدي ، الذي تتصدره المادة الاولى الى أن (المقصود من الاحكام التمهيدية

---

1) راجع تعريف التشريع وأهميته ومزاياه وعيوبه / د .عبد الناصر توفيق العطار / مبادئ القانون طبعة 1971/ ص7 ومابعدها ، د .عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق/ ص23 ومابعدها د .سمير تناغو/ المرجع السابق/ ص293 ومابعدها/ د .أنور سلطان/ المرجع السابق/ ص103
2) راجع في تعريف العرف وخصائصه وأهميته/ المرجع السابق / توفيق العطار / ص106 عبد الرحمن البزاز/ ص121/ سمير تناغو/ ص423/ د .أنور سلطان/ ص136/ حسن كيره المرجع السابق / ص 271 .

أن ينهض القانون المدني بالتبعية التي يلقيها عليه مكانه من النظام القانوني ، فهو من هذا النظام بمثابة الأصل ، وما من شك في أن هذا الوضع يقتضي من التقنين المدني العناية بتنظيم مسائل عامة بعضها يتعلق بصياغة القواعد القانونية بوجه عام ، وبعضها يتصل بتفسير هذه القواعد وتطبيقها .

بهذه الحقيقة بصر التقنين المدني الفرنسي وقد كان أول مثال احتذته تقنينات القرن التاسع عشر .

وقد عني هذا القانون بابراز مكانة تلك الأحكام التمهيدية من التشريع الجامع بوصفها أحكاما عامة يتناول تطبيقها (1) فروع القانون الخاص بأسره . . . الخ) .

فهذا الرأي يستخلص منه أن هذه المصادر تشمل جميع فروع القانون الخاص دون فروع القانون العام ، ولكن هذا الرأي لا يلبث على هذا الموقف ، بل سرعان ما يتراجع ويتجه الى شمول هذه المصادر لكافة فروع القانون - القانون العام والقانون الخاص - عندما تعرض للعرف وهو بصدد التحدث عن الدوافع التي دفعته الى ايراد المادة الأولى والى التقنينات التي اقتبس منها هذه المادة ، فبعد ما تحدث عن التشريع تعرض للعرف بقوله (والواقع ان العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة ، فمن الواجب أن يلجأ اليه القاضي مباشرة أن افتقر النص ، واذا كانت المادة 29 من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية قد اقتصرت على ذكر (العادات التجارية) فأكبر الظن أنها قصدت بذلك الى استظهار ما للعرف من أهمية خاصة في المعاملات التجارية ، لا الى قصر تطبيق نوع من أنواع القواعد العرفية على هذه المعاملات دون غيرها ، فالعرف هو المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقدمات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص

1) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / جـ 1 / ص 174

ولذلك ظل هذا المصدر ، وسيظل الى جانب التشريع مصدرا تكميليا لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء .(1)

فأول مايتبادر بخصوص هذا الرأي أنه يشوبه بعض الغموض وعدم الدقة ، فهو يتجه في البداية الى أن مصادر القانون التي أوردها تقتصر على فروع القانون الخاص ، ثم يتراجع ويذهب الى أنها تشمل جميع فروع القانون الخاص والعام .

لكن هذا الغموض وعدم الدقة سرعان مايزول لأن الاتجاه الاول اورده بمناسبة الفصل التمهيدي برمته ، والفصل التمهيدي يتناول كثيرا من المسائل المختلفة ، تعتبر المصادر جزءا منها ، أما الاتجاه الثاني فقد أورده بمناسبة المادة الاولى فقط .

ننتهي من هذا الى أن الاتجاه الاول عام ، والثاني خاص ، والاخير هو الذي يعول عليه في هذا الصدد لانه متعلق بالمادة التي نحن بصددها ، على الرغم من أنه أقتصر على العرف دون المصادر الاخرى ، ولم يرد فيه مايشير الى أن هذه الشمولية تقتصر على العرف .

ورغم وضوح موقف واضع التشريع المدني المصري والذي يؤيده جانبا من الفقه (2) فقد

---

1) المرجع السابق / ص 187 ، 188
2) من ذلك مثلا ماذهب اليه الدكتور حسن كيره من أن (المصادر الرسمية الاصلية في القانون المصري مصدران :
- مصدر أصلي عام هو التشريع .
- مصدر اصلي خاص هو الدين .

والمقصود من اعتبار التشريع مصدرا أصليا عاما ، الدلالة على ماله من اختصاص عام في الالزام ابتداء بالقواعد القانونية ، فاختصاصه اذن لا يقتصر على مسائل معينة ، وانما يمتد ويعم كل المسائل التي يتعرض لها القانون ، بحيث تكون قواعده هي المرجع الاول . . .) حسن كيره المرجع السابق/ ص 226 . وهو نفس الرأي تقريبا الذي ذهب به الاستاذ سمير تناغو بقوله (من الشائع القول في الفقه المصري ان هناك ازدواجا في المصدر الرسمي الاصلي للقانون بين التشريع والدين ، فالتشريع هو المصدر الرسمي الاصلي العام الذي يرجع اليه ابتداء بشأن كل المعاملات والعلاقات . . .) .

- سمير تناغو / المرجع السابق / ص 272

ذهب بعض الفقه الى اتجاه مغاير، وقصر هذه المصادر على القانون المدني فقط دون بقية[1] الفروع الاخرى، وهذا الاتجاه يؤيده بعض الاساتذة القائمين بالتدريس، الا أنه اتجاه جانب الصواب في نظرنا .

هذا الرأي الذي يقصر نص المادة الاولى على القانون الخاص دون القانون العام، وعلى المعاملات المالية فقط لا يمكن التسليم به . لأن القانون المدني لم يشر الى ذلك، كما أن القول بأن الاحوال الشخصية والاعمال التجارية وقواعد القانون الاداري تخضع للقوانين الصادرة بشأنها، هذا الرأي وجيه لأن هذه القواعد خاصة بهذه الفروع، وهي أولى بالتطبيق، فهذا من البديهيات الغير قابلة للنقاش، لكن هذه القواعد لا تخرج من مفهوم المادة الاولى، لأن التشريع أو العرف لا يختلف معناه في الاحوال الشخصية أو في المعاملات التجارية، أو قواعد سير المرافق العامة، عن المعنى الوارد في صدر القانون المدني .

---

1) فقد ذهب الدكتور عبد المنعم فرج الصده الى أن ورود هذا النص في صدر الباب التمهيدي للقانون المدني، ان يكون المقصود به بيان مصادر القانون في فروع القانون الخاص بأسره، اذ أن الاحكام التمهيدية في ذلك الباب أحكاما عامة يتناول تطبيقها فروع هذا القانون المختلفة، حيث يعتبر القانون المدني بمثابة الاصل بالنسبة الى فروع القانون الخاص .

غير أن هذا البيان لا ينطبق على مسائل الاحوال الشخصية، لأن التقنين المدني المصري يقتصر على تنظيم المعاملات المالية، ويترك تنظيم الاحوال الشخصية لحكم القواعد الدينية الصادرة في شأنها، ومن ثم تكون المصادر الرسمية للقانون المصري في المعاملات المالية عبد المنعم فرج الصده/ المرجع السابق/ ص 70 . والدكتور أنور سلطان اتجه نفس الاتجاه فذهب الى أن المشرع المصري رتب المصادر الرسمية عند وضع الاحكام التمهيدية للتقنين المدني، ولما كان هذا التقنين يعتبر بمثابة الاصل بالنسبة لباقي فروع القانون الخاص فيكون الترتيب المنصوص عليه في المادة الاولى من هذا التقنين ترتيبا عاما يراعي أيضا بالنسبة لهذه الفروع ...

غير أنه لما كان القانون المدني، كما سبق أن ذكرنا، لا يتعرض بالتنظيم الا للمعاملات المالية، ويترك مسائل الاحوال الشخصية لاحكام الدين والملة . / د .أنور سلطان/ المرجع السابق / ص 107، 108 .

ويذهب الكثير من الاساتذة القائمين بالتدريس هذا المذهب فعندما يتعرضون لمصادر بعض فروع القانون، كالقانون التجاري والقانون الاداري يكتفون بالتشريع والعرف كمصادر رسمية لهذه الفروع، ويتجاهلون بقية المصادر بدعوى أن هذه الفووع لم تنص عليها، وان نص المادة الاولى مدني تنطبق على القانون المدني فقط، في حين لا يجدون غضاضة في اللجوء الى القانون المدني ذاته بشأن بعض المسائل التي تعتبر من المواضيع الرئيسية في تلك الفروع والتي لم ترد فيها، كتعريفه الشركة وبيان أركانها، والشخص الاعتباري العام والخاص وتعريفه المال العام الى غير ذلك من المسائل التي انفرد بها القانون المدني دون بقية الفروع الاخرى سواء كانت من فروع القانون العام أو من فروع القانون الخاص .

في الحقيقية لاتوجد تفرقة بين المصادر ، فالتشريع ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف لهما معنى واحد ، لا يتغير بتغير الفروع ، وانما الاختلاف بين فروع القانون يتمثل في اختـــلاف طبيعة العلاقات التي ينظمها التشريع أو العرف .

نخلص من هذا الى أنه لا يوجد مايمنع من شمولية المادة الاولى من القانون المدنـــي لجميع فروع القانون ، سواء كان قانون عام أو قانون خاص ، لأن معنى التشريع لا يختلـــف باختلاف الفروع كما أشرنا الى ذلك من قبل ، بل هو نفس المعنى ، ومبادئ الشريعة الاسلامية حسب الآراء التي سوف نتعرض لها فيما بعد هي نفس المبادئ .

ومما تجدر ملاحظته ان هذه المصادر لا يؤخذ بها جميعها في مختلف الأحـــوال اذ يقتصر في بعض الفروع على تطبيق مصدر واحد دون بقية المصادر الأخرى ، وهذا نظرا لدقة موضوعات هذه الفروع وخطورتها ، كالقانون الجنائي مثلا ، الذي لا يطبق فيه الا مصدرا واحدا لأن موضوعه يتعلق بحريات الناس وحياتهم ، لذا اقتصر بشأنها على التشريع فقط ، عمـــلا بالمبدأ المشهور (لاجريمة ولاعقوبة الا بنص) هذا المبدأ قاد الى عدم اللجوء الى المصـــادر الأخرى ، ولكنه لم يؤد الى انفراده بمصادر خاصة ، فكل ماهناك أن القاضي لا يستطيع أن يعاقب بعقوبة نصت عليها مبادئ الشريعة الاسلامية أو العرف .

أما ماعدا ذلك فلا نجد أي فارق يذكر ، فالتشريع هو التشريع من حيث وضعه ونشره ونفاذه في التطبيق ولزومه وتعديله بصرف النظر عن موضوعه ، سواء كان تنظيما لعقد أو وصفـا لجريمـــة .

أخيرا نلاحظ فيما يتعلق بعدد المصادر الواردة في المادة الاولى مدني ، فمن الممكـــن تقليص هذا العدد ، وذلك بالاستغناء عن المصدر الأخير ، لانه لا يعتبر مصدرا بمعـــــنى الكلمة ، لعدم احتوائه على قواعد بالمعنى الصحيح ، وانما هو عبارة عن موجه مثالي ابتدعـــه الفكر الغربي ، وعمل على الترويج له لأسباب خاصة ، وهذا ماحدا ببعض الشراح الى القول بأن مبادئ الشريعة الاسلامية تغني عن الرجوع الى هذا المصدر ، وسوف نتوسع فيما يجب ...

المبحث الثاني

أسباب تحول الشريعة الى مصدر احتياطي

كانت الشريعة الاسلامية ، هي المصدر الوحيد لمختلف القواعد التي طبقت منذ تأسست الدولة الاسلامية في المدينة ، بعد هجرة الرسول صلى الله عليه وسلم ، وظلت كذلك في القرون التالية ، حتى بعد أن انقسمت هذه الدولة الى دول متعددة ، ابتداء من النصف الاول ، من القرن الثاني الهجري ، ولم يحاول أي حاكم خلال هذه الفترة أن يستبدلها بغيرها حتى أوائل القرن التاسع عشر الميلادي ، حيث بدأ العدول عن تطبيقها شيئا فشيئا حتى انحصر نطاقها في مجال ضيق جدا .

وقد أدى الى هذا العدول وساعد عليه ، عدة أسباب بعضها ذاتي نابع من داخل المجتمع الاسلامي وبعضها خارجي ، وسنتناول هذه الاسباب في فرعين .

الفرع الاول : الضعف السياسي والفكري .

لم يمض على وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم الا بضعة عقود ، حتى تأسست دولة عربية اسلامية ، مترامية الاطراف امتدت من جنوب غرب أوربا غربا حتى حدود الصين شرقا ، وكانت الشريعة الاسلامية بمصادرها الاصلية والتبعية صاحبة الولاية الاولى والاخيرة ، تطبق أحكامها على من يقيم في هذه الدولة ، مسلما كان أو غير مسلم (1) ، ثم انقسمت هذه الدولة الى دول متعددة

---

1) يقسم الفقهاء المسلمون العالم من الناحية السياسية ، الى دار الاسلام ، ودار الحرب . فدار الاسلام تتكون من كل البلاد التي تخضع لسيادة الاسلام ، وتطبق فيها أحكام الشريعة الغراء ، سواء كان المقيمون فيها يدينون بالاسلام جميعهم أم يدينون بديانات متعددة ويسمى غير المسلمين بالذميين ، لانه يربطهم بالدولة الاسلامية عقد الذمة ، وعلى أساسه يتمتعون بحق المواطنة أو الجنسية ان صح هذا التعبير .
تكونت هذه الفئة من سكان البلاد الاصليين التي فتحها المسلمون ، والذين اختاروا البقاء على دينهم ومن المستأمنين الذين قدموا من دار الحرب الى دار الاسلام بناء على الامان المؤقت الذي يعطي من ولي الامر ، فان مضت المدة المحددة ونبه عليهم ثم استمرت اقامتهم بعد التنبيه الزموا بدفع الجزية . وهذه الاخيرة عبارة عن مبلغ مالي يدفعه غير المسلم ، الذي خير بين الاسلام أو البقاء على دينه واختار البقاء على دينه ، لان المسلمين لم يحملوا سكان البلاد التي فتحوها على الدخول في الاسلام عنوة ، وانما كانوا يخيرونهم بين أمرين :
1ـ الدخول في الاسلام ، وبذلك يصبحون كالفاتحين في الحقوق والواجبات .

وأصبح المسلمون يخضعون لكيانات سياسية مستقلة عن بعضها (1) . وشهد المسلمون آنذاك ظهور المذاهب الفقهية وانتشارها ، ومع ذلك فقد ظلت الشريعة محتفظة بمكانتها ، ولم يفكر في تطبيق قواعد مستقاة من مصدر آخر غير الشريعة أي حاكم ، وان كان التاريخ الاسلامي قد عرف بعض ولاة الأمور الذين كانوا متهاونين في تطبيق أحكام الشريعة الاسلامية ، كما شهد الكثير منهم الذين كانوا متشددين .

فقد وصل الأمر في بعض المراحل من هذا التاريخ الطويل الى بيع الخمور وتناولها علانية ، وتزي النساء بزي الرجال من لبس العمائم وتوليهن للمناصب القيادية العليا ، علاوة على انتشار البدع والخرافات ، الا أن هذه المظاهر سرعان ما تزول أو يحد منها بتدخل الحكام (2) والمصلحين الذين لم تخلو منهم أي مرحلة وأي عصر من عصور الاسلام المختلفة .

2- البقاء على دينهم ان فضلوا هذا ، التزموا بعدة التزامات ، منها دفع الجزية ، والخضوع لأحكام الشريعة الاسلامية في جميع معاملاتهم ، سواء كان التعامل فيما بينهم أو بين المسلمين ، ولا يستثني من ذلك الا أحكام الزواج وما يستتبعه من آثار ، فانه يخضع لأحكام مللهم ، النصرانية أو اليهودية . كما يكتسبون حقوقا منها الحرية الدينية ، وعدم جواز الاعتداء عليهم وعلى أموالهم ، حتى ولو كانت هذه الاموال لا يجوز التعامل فيها ، ولا قيمة لها ، لتحريم الانتفاع بها شرعا ، كالخمر والخنزير ، اذا ثبت جواز اكتسابها والتعامل فيها في شرائعهم .

وقد تعرضت كتب الفقه لهذه الأحكام ولكنها اختلفت فيما بينها في التوسع والايجاز وقد جمعها الاستاذ عبد الكريم زيدان ببحث مفصل أحاط فيه بجميع جوانب الموضوع ، قدمه للحصول على شهادة الدكتوراه من جامعة بغداد ، وهو منشور / مطبوعات مؤسسة الرسالة / بيروت 1982 .

1) أول انقسام سياسي شهدته الدولة الاسلامية ، هو استلاء العباسيين على الحكم عند ما قضوا على آخر الخلفاء الامويين سنة 132 هـ ، الا أن الدولة الاموية لم تنقرض اذ استمرت في الاندلس على يد الملقب بصقر قريش ، ثم توالي الانقسام فيما بعد ، كظهور الدولة الفاطمية في المغرب أول الامر سنة 296 هـ وانتقالها الى مصر فيما بعد ، لكن الانقسام السياسي في المجتمع الاسلامي ~~في المجتمع الاسلامي~~ ظهر قبل هذا التاريخ بكثير ، اذ يعود الى عهد علي بن أبي طالب كرم الله وجهه وحربه مع معاوية ، والتي ادت الى انقسام المسلمين الى معسكرين ، معسكر مناصر لعلي ، ومعسكر مناصر لمعاوية ، وما أدى اليه من اللجوء الى التحكيم الذي انقسم المسلمون بعده الى ثلاث فرق سياسية :

1- الخوارج : فئة أصيبت باليأس عند ما قبل علي التحكيم ، فكفروه وكفروا معاوية ونادى بعضهم بعدم الحاجة الى حاكم أصلا ، ورأى بعضهم وجوب تنصيب خليفة يتصف بالدين والعدالة المطلقة وبالصلابة والحزم ولا يلزم أن يكون من قريش ولا من العرب أصلا .

2 - الشيعة : وهم المتعصبون لعلي الذين كانوا يرون انحصار الخلافة فيه وفي ذريته من بعده ، وان من حاز الخلافة قبله يعد مغتصبا لها ، فأمر الخلافة عندهم مبني على الوراثة وليس على البيعة .

3 - وبين الفرقتين السابقتين وقف جمهور المسلمين موقفا وسطا يتسم بالاعتدال

الى أن آل الامر الى العثمانيين الذين عقدوا معاهدات مع غير المسلمين ، سمحت لهم بتطبيق قوانينهم .

المعاهدة الاولى : عقدها محمد الخامس عندما فتح القسطنطينية ، ووجد للطوائف غير الاسلامية قضاء مستقلا عن الدولة الرومانية ، يفصل كافة منازعاتهم ، حتى المنازعات الجنائية ، (1) رأى محمد الخامس أن يستميل اليه الكنيسة الشرقية فأبقى لبطريك الروم اختصاصاته .

المعاهدة الثانية : (2) سليمان القانوني مع ملك فرنسا ، أباح له بمقتضاها تعيين قناصل فرنسيين في بلاد الدولة العثمانية ، وكان لهؤلاء اختصاصا قضائيا يخول لهم الفصل طبقا لقواعد القانون الفرنسي في الدعاوي المدنية والجنائية الخاصة بالفرنسيين ، كذلك سمح السلطان بحضور مندوب عن القنصل أمام المحاكم العثمانية عند نظر الدعاوي بين الاتراك والفرنسيين .

تعتبر المعاهدة الاخيرة أول اجراء جعل للاجانب مركزا قانونيا يختلف عن مركز أهل البلاد ، وأول خطوة للقضاء على مبدأ اقليمية الشريعة الاسلامية ، التي بقيت بعد ذلك كمصدر أصلي لجميع القواعد التي تطبق على كافة المعاملات ، عدا ما احتوت عليه هذه المعاهدة ، الى أوائل القرن التاسع عشر فبدأت تفقد شيئا فشيئا مكانتها وأهميتها كمصدر أصلي ، حيث ازداد نفوذ الدول الأجنبية وعظم نفوذها داخل البلاد الاسلامية ، في حين تدهورت أحوال هذه البلاد من الناحية السياسية والفكرية .

فمن الناحية القانونية والتي تعنينا في هذا الصدد فقد وقف نمو الفقه عند مستوى معين (3) وكان عمل المشتغلين يقتصر على ترديد آراء من سبقهم خلال عصور الازدهار ، يشرحونها

= حيث رأوا أن الخليفة لا بد أن يكون من قريش ، ولكن اختياره يكون من قبل جمهور المسلمين بطريقة البيعة ، وقد كان لهذا الاختلاف السياسي أثر في تعدد المناهج الفقهية .

2) عرض ابراهيم بن موسى اللخمي المشهور بالشاطبي هذه المظاهر وغيرها من البدع في رسالته القيمة الاعتصام ، وقد نشرتها دار الهلال المصرية ضمن سلسلة كتب التي نشرتها تحت عنوان كتاب الشعب الى جانب طبعات أخرى .

1) د . عبد الناصر توفيق العطار / مبادئ القانون / ص 117

2) محمد عبد الهادي الشقنقيري / مذكرات في تاريخ القانون المصري / نشر دار الفكر العربي القاهرة 1977 / ص 321

3) د . غريب الجمال / مدخل لدراسة مقارنة في المبادئ العامة للشريعة والقانون ـ معهد الدراسات الاسلامية / القاهرة 1972 / ص 14

ويوجزونها ، ويرجحون بعض الآراء على البعض الآخر في المذهب الواحد ، حتى تزاحمت الفروع وكثرت الترجيحات وأصبح الرجوع الى هذه الأحكام والآراء ، واختيار أفضلها وأنسبها (1) يرهق المفتون والقضاة ، بدل الاتجاه الى استنباط أحكام جديدة تساير التطور وتسعفه ، كما كان الشأن قبل ذلك .

وقد بدأت هذه الظاهرة في القرن الثامن الهجري الذي يعتبره مؤرخو الفقه الاسلامي (2) التاريخ الذي توقف فيه الفقه عن النمو ، بسبب عدم ظهور المجتهد المطلق ، الذي يؤسس مذهبا مستقلا به ، وكذلك انقطاع مجتهد المذهب وانقطاع الترجيح ، ولم يبق في الفترة التي نحن بصددها سوى المقلدين الذين يحجر عليهم ، الاخذ بكتاب أو سنة أو قياس ، وانما سبيلهم الاخذ بأقوال المتقدمين من أهل مذهبهم واختيار وقائعها ، وقصروا همتهم على المختصرات يشرحونها ويعلقون عليها ، وأصبح العالم من استطاع فهم نصوص هؤلاء وأفهمها (3) لغيره ، بدل الاشتغال والعناية بالمطولات التي ظهرت قبل ذلك ، سواء ما اقتصر منها على مذهب واحد ، أو تناول الفقه وفقا للمذاهب المختلفة ودرسه دراسة مقارنة ، وقبل هذا اللجوء الى كتاب الله وسنة رسوله ، في حين كانت المدينة خارج العالم الاسلامي قد بلغت شأوا بعيدا من التطور ، وكان التشريع يسير في ركابها ، كتقنين نابليون الصادر سنة 1805 في فرنسا ، والذي اكتسب شهرة واسعة ، وانتشرت ظاهرة تقليدية في أوربا آنذاك .

---

1) د . غريب الجمال / المرجع السابق / ص 15 / موسوعة جمال عبد الناصر الفقه الاسلامي (موسوعة دمشق) .
ج 1/ ص 39 ومابعدها / محمد الحسيني حنفي / المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ط3/ 1974 نشر دار النهضة العربية / ص 293 ومابعدها / د . الطاهر بن محمد المعموري / شروط المجتهد ومراتب المجتهدين ، بحث قدم للملتقى السابع عشر للفكر الاسلامي بقسنطينة 19 26 يوليو 1983 وهو مطبوع

2) يقسم الفقهاء المسلمون الى طبقات منها :
أ- المجتهد المطلق : وهو الذي يعتمد على مداركه ومعلوماته الشخصية في استخراج أصول الاجتهاد العامة ، ومسالك الاستدلال ، وأن يعتمد مايراه من قواعد تفسير النصوص ، كمسائل العموم والخصوص والاطلاق والتقييد ودلالات الامر والنهي والحقيقة والمجاز ، وغير ذلك باجتهاد ذاتي منه ، اضافة الى علمه بالقرآن والسنة ومعرفة الاحكام الفقهية ، والقواعد الفقهية العامة .
2 - مجتهد المذهب : وهو مقلد لاحد الائمة في أصول الإجتهاد ومسالك الاستدلال ثم يبني على هذا المنهج ماقد يستقل به من اجتهاد ، كأن تقع حادثة لم يعرف

الفرع الثاني : الأخذ بازدواج المصدر .

كان الفقه الاسلامي كما بينا من قبل قد جمد أتباعه ، وعجزوا عن السير به الى الامام وظهور حاجات جديدة وبعبارة أخرى استجدت ظروف جديدة لم تكن مألوفة من قبل تحتاج الى اطار تشريعي ينظمها وظهور تشريع نابليون وانتشار ظاهرة تقليده في مختلف أرجاء المعمورة (1) اضافة الى ضغط الدول الاجنبية وتدخلها في الشؤون الداخلية للدولة العثمانية التي كانت تعتبر مظهرا للاسلام .

عملت هذه العوامل على رضوخ العثمانيين لها ، فعمدوا الى اصدار قوانين مقننة في فروع القانون المختلفة ، وكان القانون الفرنسي هو الذي استقوا منه أحكام القوانين التي (2) أصدروها ، كالقانون التجاري وقانون تنظيم الاراضي ، وقانون الجزاء العثماني ، وهكذا بدأت فترة جديدة اتسمت بثنائية مصادر القانون ، قسم من القوانين يستقي أحكامه من القوانين الغربية ، وقسم آخر يستمد من الشريعة الاسلامية التي بقيت مصدرا للقانون المدني ، اذ حرص العثمانيون على الابقاء عليها مصدرا وحيدا لهذا القانون ، فالفوا لجنة من فقهاء المذهب الحنفي كلفت بوضع (3) القانون المدني ، قامت هذه اللجنة بصياغة الاحكام الفقهية ، وفقا للمذهب الحنفي الذي كان مذهبا رسميا للدولة العثمانية في شكل مواد ، على غرار القوانين الحديثة ، وانتهت هذه اللجنة الى وضع ما سمي بمجلة الاحكام العدلية التي احتوت على 1851 مادة موزعة على 16 كتابا ، وبدأ العمل بها في 26 من شعبان سنة 1239 هـ الموافق لـ 26 أفريل سنة 1879 م ، وقد طبقت

= لامامه نصا فيها ، اجتهد على مذهبه واستنبط لها حكما .
3 ـ مجتهد الفتيا : وهو المتبحر في مذهب امامه المتمكن من ترجيح قول على آخر ، وقد انتهت هذه الاجيال في القرن الثامن الهجري .

3) عكف المتأخرون أي المقلدون على العناية بالمختصرات وشرحها وفك رموزها ، فقد أورد الدكتور الطاهر بن محمود المعموري في بحثه المشار اليه أنفا ، أن (الحجوي يعطينا مثالا على ما يبذل في سبيل فهم مختصر واحد ، فخليل لا يمكن فهمه ونثق بما فهمنا منه الا بستة أسفار للخرشي وثمانية للزرقاني وثمانية للرهوني ، الجميع اثنان وعشرون سفرا ، ويشير بعضهم أن بعض أشياخنا ختم مختصر خليل تدريسا في بحر أربعين عاما) .

1) عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق / ص110 / د . هشام القاسم / المرجع السابق / ص 334 .
2) عبد الرحمن البزاز / المرجع السابق / ص 110 .
3) مصطفى الزرقاء / المدخل الفقهي العام / ج2 / ص 960 ومابعدها / ط7 / دار الفكر بيروت / صبحي محمصاني / فلسفة التشريع في الاسلام / ص63 / د . غريب الجمال / المرجع السابق / ص 16 .

هذه المجلة في البلاد العربية التي كانت تابعة للدولة العثمانية ، العراق ، سوريا ، لبنان الأردن ، ولم تطبق في مصر لأنها استقلت على الدولة العثمانية في بداية القرن ، عندما اختار الجيش محمد علي واليا عليها ووافق السلطان على تعيينه سنة 1805 ، وكذلك الجزائر التي كانت قد وقعت تحت الاحتلال الفرنسي قبل صدور المجلة .

اتجه محمد علي في مصر الى ادخال تحديث كلي في مصر ، وحاول تقليد أوربا في جميع المجالات ، حتى في المجال القانوني الذي عدل فيه عن تطبيق الشريعة الاسلامية الى تطبيق قوانين اشتقت من قوانين أجنبية (1) ، وقد اتسع مجال هذه القوانين نتيجة للتقليد من جهة ، ونتيجة لضغوط الدول الأجنبية لحماية امتيازاتها ، وبلغ هذا الضغط أوجه في عهد الخديو اسماعيل ، اذ أنشئت في عهده مدرسة الحقوق الخديوية بالقاهرة سنة 1866 ، والتي أصبحت فيما بعد كلية الحقوق ، وقد ساهمت هذه المدرسة في نشر الدراسات القانونية وخرجت أجيالا من المتعلمين تعليما حديثا باللغة الأجنبية (2) ، وكانوا مولعين ولعا شديدا بالقوانين الغربية التي درسوها ، باعتبارها قمة التطور التشريعي ، علاوة على الامتيازات الاجتماعية التي وفرتها هذه المدرسة لخريجيها الذين كانت أبواب جميع الوظائف مفتوحة على جميع المستويات ، في حين أهمل دور الأزهر ، وحرم خريجيه من تولي الوظائف ، باستثناء وظائف القضاء الشرعي (3) ، وامعانا في التقليد ، ورضوخا للضغوط الأجنبية ، عهد الخديو الى محام فرنسي بوضع قوانين تعمل بها المحاكم المختلطة التي انشئت سنة 1875 ، فوضع التقنينات المختلطة لحكم العلاقات التي فيها طرف أجنبي ، ثم وضعت التقنينات الأهلية مشتقة من التقنينات المختلطة سنة 1883 لتعمل بها المحاكم التي أنشئت في عهد الخديو توفيق سنة 1883 ، وكانت هذه المحاكم تطبق القانون الأهلي على المصريين فيما بينهم ، وكانت القوانين الصادرة آنذاك تتناول

---

1) د . عبد الناصر توفيق العطار / مبادئ القانون / ص 120/ علي علي منصور / المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامي / ص 112/ ط 1 / القاهرة 1967 .

2) كانت هذه المدرسة تدرس باللغة الفرنسية وكان مديرها فرنسيا الا يعد هذا من غرائب الصدف أن تدرس الحقوق بالفرنسية في مصر ، لانجد تفسيرا لهذه الظاهرة الا أنها احدى أساليب الاستعمار في القضاء على خصائص الامم ، الذي تفطن له جمال الدين الافغاني ونبه من خطره عندما لاحظ ان كثيرا من الشرقيين (ينفرون من سماع لغتهم ، وأن يباهوا بأنهم لا يحسنون التعبير بها ، وان ماتعلموه من الرطانة الاجنبية هو منتهى مايمكن الوصول اليه من المدركات البشرية ، راجع في هذا الصدد د . محمود قاسم ، جمال الدين الافغاني حياته وفلسفته ـ

المسائل المالية والعقوبات واقتصر أثر الشريعة الاسلامية على حكم مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين فقط .

وقد ذهب البعض (1) في هذا الصدد الى أن الخديو دفع بمشروعات هذه القوانين الى مشيخة الازهر التي شكلت لجنة من العلماء في مختلف المذاهب الاربعة ، وقامت هذه اللجنة بدراسة هذه المشروعات وأصدرت تقريرا جاء فيه : (ان هذه القوانين ببنودها اما أن توافق نصا في أحد المذاهب الاربعة ، أو أنها لا تعارض نصا فيها ، أو أنها من قبيل المصالح المرسلة ، التي يجوز الاجتهاد فيها رعاية لمصالح الناس) ، ومعنى هذا ان هذه القوانين مطابقة لروح الشريعة وانها لا تعارضها من الناحية الشرعية ، ولكن الامر خلاف هذا في نظرنا للاسباب التالية :

1) لانستبعد لجوء ولي الأمر الخديو الى هذه الطريقة ، وانه دفع (الى الازهر) بهذه المشاريع الى علماء الازهر ليبدوا رأيهم فيها ، حتى يضمن قبولها من طرف الرأي العام من جهة ، وحتى يضمن عدم معارضة الازهر بدعوى ابتعاده عن الدين واهماله للشريعة .

= مكتبة الانجلو المصرية / القاهرة / ص 97 ومابعدها .

3) د . عبد الناصر توفيق العطار / مبادئ القانون / ص 119/ مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية / ص 33 .

1) علي علي منصور / المرجع السابق / ص 111 ، الذي استخلص من هذا الاجراء أن نية المشرع أو ولي الامر لم تنصرف الى اهدار أحكام الدين الاسلامي ولا الشريعة التي تفرعت عنه ، والاخذ بما يناقضها من قواعد قانونية ، وانما انصرفت الى مجرد التنظيم وتيسير القضاء على القضاء والمتقاضين بايجاد مواد مرتبة مبوبة يسهل رجوع الجميع اليها على غرار ماذهبت اليه دول أوربا في أوائل القرن التاسع عشر وفي مقدمتها فرنسا من جميع القواعد القانونية في مجموعة واحدة (قانون نابليون) .

كان الاجدر بالاستاذ علي علي منصور وهو المستشار ، وهو بصدد ابداء رأيه واستخلاص نية ولي الامر ، ومحاولة نفي اهداره لاحكام الشريعة ، أن يرجع بنفسه الى المحاضر التي ذكرها ، ويتأكد مما اذا كان التقرير المذكور موجود فعلا أم لا ، ولا يعتمد على مايسمعه في محاضرة الشيخ محمد سليمان عفيفي - أورد في الهامش رقم 1/ ص 112 ان التقرير مخطوط وموجود بدار الكتب المصرية وأشار اليه المحاضر المذكور آنفا ، بينما ذكر في المتن وفي نفس الصفحة انه (بالرجوع الى محاضر أعمال اللجان التي قامت بوضع قوانين المحاكم) هذا من جهة ، ومن جهة أخرى لو كان ماذهب اليه صحيحا من أن الارادة الخديوية لم تتجه الى اهدار الشريعة لكانت سلكت مسلكا آخر كتعيين علماء الازهر في هذه اللجان أو تتبع طريقة الحكومة العثمانية . ولكن هذا لم يتم ، فما قام به هو عرض قوانين المرافعات وهي قوانين تتعلق بكيفية التقاضي امام المحاكم وتكييف الازهر لها بانها من المصالح المرسلة في محله ، ورأي الازهر يجب أن ينحصر في هذه القوانين فقط ، أما بقية القوانين التي لم يبد فيها رأيه فلا تنسب اليه هذا حفاظا على سمعته وحتى لا ينسب لولاة أمورنا مالم يقوموا به .

2) من المحتمل أيضا أن يكون الازهر قد شكّل لجنة من علمائه من مختلف المذاهب الأربعة وقامت هذه اللجنة بدراسة هذه القوانين وطابقتها بأحكام الفقه ، الا أننا لا نقر ولا نسلم بصدور هذا التقرير المزعوم من علماء الازهر ، لأنّ هذه القوانين ان لم تكن تخالف الشريعة في مجملها ، الا أنها بالتأكيد تخالفها وتناقضها في بعض الجوانب ، فالثابت أن القانون المدني الأهلي كان يبيح تقاضي الفوائد وهي في حكم الشريعة ربا بنص الكتاب والسنة واجماع المجتهدين كذلك كان القانون الجنائي يعاقب على السرقة بالحبس ، في حين أن حكم الشريعة هو القطع كذلك كان القانون الجنائي استبدل عقوبة الزاني المحصن مع أن حكمه الرجم .

هذه المسائل أو الأحكام معروفة للعام والخاص ولا تحتاج الى صدور فتوى من الازهر لمعرفة مطابقتها أو مخالفتها للشريعة ولا أعتقد أن علماء الازهر من السذاجة الى الحد الذي يجعلهم يقرون مثل هذه المخالفات ، ويعتبرونها مطابقة للشريعة ، سواء لعدم مخالفتها لنص فيها ولأنها تعتبر من قبيل المصالح المرسلة .

3) لو كان هذا التقرير صدر حقيقة عن شيوخ الازهر لكانت مشكلة الفوائد القائمة الى حد الآن في العالم الاسلامي قد حلت منذ ذلك التاريخ أي 28 أكتوبر 1883 تاريخ صدور القانون المدني الأهلي ولكان في العالم الاسلامي من اعتمد على هذا التقرير واعتبره نوعا من الاجتهاد الجماعي (1) ، أو نوعا من الاجماع (2) وفقا لرأي بعض المعاصرين ولما كان هناك من يقول بأن الازهر كان يعارض هذه القوانين ، ويرى الى جانب جهات أخرى تقنين أحكام الشريعة الاسلامية

---

1) د . نادية شريف العمري / اجتهاد الرسول / رسالة دكتوراه / ط 1 / 1981 / مؤسسة الرسالة بيروت / ص 367 / د . يوسف الكتاني / الحاجة الى الاجتهاد اليوم ومجالاته ، بحث قدم للملتقى السابع عشر للفكر الاسلامي بقسنطينة 19 ــ 26 يوليو 1983 .

2) ذهب المرحوم علال الفاسي الا أن الاجماع لا يعني اتفاق الناس من بقاع الأرض كما قال المتأخرون فهذا ينافي مافهمه المسلمون الاولون ، ولا تدل عليه نصوص الكتاب والسنة ، فالاجماع هو (اتفاق المجتهدين الموجودين ساعة البحث في أمر ما ، فيما لا نص من كتاب أو سنة ، وهو مبني على أساس التشاور بين المؤمنين الذي حث عليه القرآن في قوله (وشاورهم في الامر) وليس الاجتماع أن يطلع كل مجتهد أو عالم على وجه الأرض على المسألة ويبدي رأيه فيها بالموافقة ونحن نعلم رأيه ونجمع أفكار الناس كلهم فذلك ان الصحابة رضوان الله عليهم فهموه من الاتفاق الواجب عليهم في مسألة ما . فما كان أبو بكر ولا عمر ولا عثمان ولا علي يتوقف على تنفيذ قراراته بعد استشارة من حضر علماء الصحابة الى أن يستشير غيرهم ممن هم منبثون في مختلف أصقاع العالم الاسلامي .

في حين كان هناك رأي مال الى وضع قوانين مشتقة من عدة مصادر ، والاخير هو الذي كتب له النجاح وعلى أساسه وضعت القوانين الحديثة التي لم يقتصر أثرها على مصر وحدها وانما امتد الى أكثر البلاد العربية . (1)

لذلك فالحق ان الاجماع عبارة عن اتفاق هيئة شورى يعقدها الخليفة لتبين وجهة النظر في مسألة ما ، فاذا اتفقت كلها على حكم شرعي ، فقد وقع الاجماع ووجب اتباعه في العمل وان جاز لمن لم يحضر من أهل الاجتهاد أن يبدي رأيا مخالفا ولكن العمل يجب أن يقع من طرف المسؤولين بما اتفقت عليه الهيئة/ علال الفاسي / مقاصد الشريعة الاسلامية منشورات الوحدة العربية / الدار البيضاء بدون تاريخ / ص 16 ، 17 . وتؤيد الدكتورة نادية شريف العمري هذا الاتجاه بقولها وهي بصدد ذكر مناقب عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الاجتهاد أنه (عمل رضي الله عنه بما هو مجال للرأي والاجتهاد في كل الوقائع ولم يثبت عنه أنه عمل على تحقيق صورة الاجماع الذي تصوره بعض الاصوليين بعده ، وعرف بأنه اتفاق جميع المجتهدين من الامة ، في عصر من العصور على حكم شرعي وفي مسألة معينة واشترطوا أنه لو خالف أحد المجتهدين الباقين في الحكم لم ينعقد الاجماع .
وذلك انه لم يثبت ان عمر كان يستدعي من الغزوات والاسفار جميع المجتهدين ليعرض عليهم الامر ، ولم يكن حدوث هذا معقولا في ظروف خلافته ، كما لم يثبت ان جميع المجتهدين وأولي الامر الموجودين بالمدينة قد صرحوا برأيهم في مسألة معينة ، واتفقوا في هذا الرأي على حكم واحد ، وأيضا لم يكن يشترط في المسائل التي كان يستشير فيها أن يأخذ رأي كل من هو أهل للاجتهاد عن طريق التصريح والقول) نادية شريف العمري / المرجع السابق / ص 303 .

1) تأثر القوانين العربية بالقانون المصري لا ينكر ، هذا لأن مصر هي أول قطر عربي استقل عن الخلافة العثمانية استقلالا داخليا ، هذا الاستقلال مكن أسرة محمد علي التي كانت مولعة بالاجانب وخاصة الفرنسيين وتقليدهم من استبدال أحكام الشريعة الاسلامية بقوانين وضعية مشتقة من عدة مصادر .
أما بقية الاقطار العربية فكان بعضها تابعا للدولة العثمانية ، والبعض الآخر واقعا تحت الاحتلال الغربي ، بعدما استقلت هذه الاقطار بصفة نهائية بعد الحرب العالمية الثانية ، واصبحت هذه البلاد في حاجة الى قوانين حديثة تحل محل القوانين التي كانت تطبقها لجأت الى مصر التي تكون فيها نظام قانوني يضاهي أرقى الانظمة الحديثة .
ولكن الدول العربية اختلفت فيما بينها في هذا اللجوء ، فعمدت دول الى نقل بعض القوانين المصرية نقلا حرفيا وأدخلت عليه بعض التعديلات الطفيفة ، كسوريا التي نقلت القانون المدني المصري وأدخلت عليه بعض التغيير ، كالتعديل الذي دخل على المادة الاولى التي أوردنا نصها في موضع سابق ، بينما عمدت دول أخرى الى تشكيل لجان لهذا الغرض واستعانت بفقهاء مصريين ، فعمل هؤلاء على نقل القوانين المصرية الى البلاد التي طلبت مساعدتهم ، كما حدث في العراق الذي شكل لجنة من عراقيين ومصريين من بينهم المرحوم عبد الرزاق السنهوري لوضع القانون المدني ، قامت هذه اللجنة بوضع القانون المذكور الصادر في 1951 الذي احتوى على مزيج من القواعد والاحكام بعضها منقول من القانون المدني المصري نقلا حرفيا ، كالمادة الاولى التي وردت في المشروع التمهيدي ورفضت في مصر ، فأخذت في العراق كما هي :
1 – تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفي فحواها .
2 – فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ، فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة . . . بينما جاء البعض الآخر

الفرع الثالث : الاستعمار الاستيطاني وفرضه لقوانينه بالقوة .

خضعت بعض الاقطار العربية لاستعمار استيطاني ، وقام المستعمر بفرض قوانينه بالقوة على هذه الاقطار ، وتعتبر الجزائر أبرز مثال لهذا . فقد كانت قبل دخول الفرنسيين تطبق الشريعة الاسلامية ، كمصدر أول وأخير تحكم جميع العلاقات والمعاملات وفقا للمذهب المالكي الذي يتبعه أغلب الجزائريين (1) الى جانب المذهب الحنفي الذي انتشر في الجزائر بعد انضمامها أو ضمها الى الخلافة العثمانية (2) ، والمذهب الاباضي .

وبدخول الفرنسيين الى الجزائر العاصمة يوم 5 جويلية 1830 واحتلالهم لها عملوا ومنذ ذلك التاريخ على احلال قوانينهم محل الشريعة الاسلامية ـ رغم تعهدهم للداي باحترام الدين الاسلامي (3) ـ الا أن هذا التعهد لم يحترم ، اذ سرعان ما شرعوا في اصدار قوانين لا تتوفر فيها أبسط قواعد الشرعية ، ولا تحقق الحد الادنى من ضمان الحقوق والحريات وهذا شئ طبيعي ، لان هدفهم الاول هو تركيز وجودهم وتمكنهم من الارض وتسلطهم على

= منها مختلفا عنه تماما الاختلاف من حيث الصياغة اللغوية أو الاحكام ، كالمادة 186 التي نصت على : (اذا أتلف أحد مال أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامنا اذا كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدى . . .) وفي بعض المواد بلغ المزج حد ، ان صيغت بعض الفقرات منها وفقا لاسلوب القانون المصري ، بينما صيغت بقية الفقرات صياغة أخرى كالمادة 81 (لا ينسب لساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل . . .) ونفس الشئ تقريبا حدث في بقية البلاد العربية .

1) لانتشار المذاهب الفقهية أسبابها اختلف فيها فرأي ذهب الى أن ذلك يعود للحكام بينما ينفي رأي آخر هذا ويرده الى نشاط علماء المذهب وطريقتهم في الدعوة اليه ، وانتشار المذهب المالكي في المغرب العربي قد تم وفقا للرأي الثاني ، فقد نشأت الدولة الفاطمية هنا في المغرب ، ولكنها لم تحول المغاربة الى مذهبها ، رغم انتشار الكثير من الاعتقادات التي روجها الفاطميون ، وكذلك تواجد العثمانيين كأصحاب سلطة ، لم يزحزح هذا المذهب عن مكانته ويحل محله المذهب الحنفي الذي كان المذهب الرسمي لهم . ومن جملة ما ذكر هنا أن علماء المغرب كانوا يرحلون الى الحجاز للحج وأمام مذهب مالك بن أنس موطنه الحجاز فيأخذون عنه ، ثم يعودون وقد امتلأت حقائبهم من مذهبه ، ثم تعلق به أمراء المغرب في سياساتهم فكان ذلك من أسباب استمرارهم على تقليده // أنظر في هذا موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي / ص 31، 37 / محمد الخضر حسين / الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان / المطبعة التعاونية بدمشق / ص70 وما بعدها [illegible] ابن خلدون .

2) اختلف الرأي حول مهمة العثمانيين فالبعض يعتبرهم مستعمرين ، بينما يعتبرهم البعض الاخر منقذين ، يقول بالرأي الاول بعض المشارقة ، وبالرأي الثاني بعض المغاربة ، ولكل وجهة نظره ونحن لا نرجح رأيا على آخر ، ولكننا نقر بأن العثمانيين كانوا مسلمين ، صدوا الحملات الاوروبية على شمال افريقيا ونشروا الاسلام في بعض اقطار أوربا ولم يقوموا بأعمال التتار وان كانوا متعصبين لعنصرهم ولغتهم ، وظاهرة التعصب لم تسلم منها الاسر التي تعاقبت على الحكم .

3) يحي بكوش / تطبيق الشريعة الاسلامية في الجزائر / بحث منشور بنشرة القضاء / الفصل 2/ 81/ ص 42

الرقاب بصفة نهائية ، وهذا لا يتحقق لهم الا بالقضاء على المؤسسات الجزائرية القائمة واحلال مؤسساتهم محلها والشريعة الاسلامية كدين وكنظام قانوني هي احدى المؤسسات التي عملوا على القضاء عليها بأساليب مختلفة منها الحيلولة بين الجزائريين وبينها عن طريق منع التفقه في فقهها ، احياء النعرات القبلية ، وأخيرا تطبيق قوانينهم على الجزائريين بدلها .

ولا نتعرض لكل هذه الأساليب ، وانما سنتعرض باختصار لتطبيق القوانين الفرنسية في الجزائر دون التقيد بالتسلسل التاريخي ، وانما نختار بعض فروع القانون فقط .

فالشريعة لم يقف العمل بها بمجرد احتلال الجزائر ، فهذا غير ممكن ، لأن الجزائر لم تدن للفرنسيين بسقوط العاصمة ، وانما احتاج ذلك لفترة طويلة ، ولأن الشريعة الاسلامية كنظام قانوني مرتبط بالعقيدة والعقائد لا تتغير بتغير الحكام ، ولأن الفرنسيين أنفسهم كانوا يطبقونها في الحالات التي تحقق فيها مصالحهم ، لذلك مر تطبيق القانون الفرنسي في الجزائر بعدة مراحل (1) ، واتخذ هذا التطبيق أشكالا مختلفة بعد سقوط العاصمة واستسلام الداي كان الجزء المحتل من الجزائر لا يتعدى العاصمة وبعض الضواحي ، خضعت هذه القطعة أو هذا الجزء لوضعية احتلال عسكري لأرض عدوة (2) ، وكان القائد العام للجيش هو صاحب الاختصاص التشريعي وقد دام هذا الوضع مدة سنة ونصف تقريبا ، فقد صدر الأمر الملكي في أول ديسمبر 1831 الذي أحدث منصبا يتولاه مدني (Intendant Civil) وكان من صلاحيات هذا المتصرف أو المعتمد اتخاذ قرارات الى جانب القائد العام .

في هذه الفترة أصدر كل من المتصرف أو المعتمد عددا من القرارات الى جانب القائد العام (3) تضمنت هذه القرارات عقوبات جنائية وكانت هذه القرارات مخالفة لمبدأ الشرعية السائد في فرنسا.

---

1) أنظر تفصيل هذا / ابراهيم السبع / تأثير الاستعمار الفرنسي على الفقه الاسلامي في الجزائر ومحاولة تكوين فقه اسلامي جزائري / رسالة ماجستير / معهد الحقوق / جامعة قسنطينة 1985 .
J. LAMBERT IManuel de législation Algérienne Librairie des Fanultes-Alger I952.
عمل هذا الفرنسي أستاذا في كلية الحقوق / جامعة الجزائر .

2) 3) جاك لامبير / المرجع السابق / ص 67

بعد احتلال عنابة مثلا أصدر المعتمد أو المتصرف قرارا بتنصيب قاضي ملكي في هذه المدينة ، ومنح هذا القاضي اختصاصا خوله توقيع جزاءات على مخالفات حددها هذا القرار وكانت هذه الجزاءات تتمثل في طرد مرتكبي هذه المخالفات من مدينة عنابة ، رغم أن القانون الفرنسي لم ينص على هذه العقوبات ، فقد طبق الفرنسيون قانون الغالب على المغلوب وأحسن وصفا لهذه المرحلة ولهذه القوانين هو ما عبر عنه لامبير.(1)

استمرت هذه الوضعية الى 22 جويلية سنة 1834 تاريخ صدور الأمر الملكي الذي نص على تطبيق القوانين الفرنسية في الجزائر ، نصت على ذلك المادة الرابعة من الأمر المذكور. هذا الامر وان كان قد حول وضعية الجزائر من أرض عدو الى أرض تابعة لفرنسا ، الا أن لم يؤد الى الغاء سلطة العسكريين التشريعية ، ولم يجعل القوانين الصادرة في فرنسا تطبق كما هي في الجزائر ، وانما خضعت الجزائر لنظام آخر يتمثل في الأوامر الملكية والمراسيم التي يصدرها الحاكم العسكري نيابة عن الملك أو الامبراطور ، واحتفظ القضاء بما صدر من قرارات ومراسيم قبل صدور الامر الملكي في 1834 واعتبرها بمثابة اعراف وسوابق قضائية .(2)

فسلطة التشريع في الجزائر لم تكن السلطة التشريعية الفرنسية وانما هي سلطة أخرى نص عليها قرار ضم الجزائر الى فرنسا الصادر في جويلية 1834(3) والذي نص على أن الجزائر تنظم عن طريق أوامر الملك وتبقى تابعة لوزارة الحربية ، وقد أثار هذا الموقف تساؤل(4)

1) "C'etait une Pluie ininterrompue de reglementations.Or, non seulement ces arretes du commandant en chef ou de l'intendant civil nous paraissent quelque peu monstrueux par l'objet de certaints d'entre eux, mais encore a été posée la question du principe de leur legalité" (Page 68).

2) أصدر القائد العام في 9 جوان 1831 قرارا يقضي بتحرير العقود العرفية المبرمة بين الفرنسيين والاهالي باللغتين العربية والفرنسية ، من المفروض ان ينتهي العمل بهذا القرار وغيره ، بعد صدور الامر الملكي ولكن القضاء الفرنسي استمر في تطبيقه وكان يعتبر مثل هذا القرار بمثابة مبادئ قضائية شرعية فقد ذهب رئيس مجلس استئناف الجزائر في 1850 ، ان القضاء الفرنسي في الجزائر اعتقد بصفة عامة لمدة 18 سنة ، ان هذه النصوص شرعية ومن هنا اتت قوتها كعرف ، العرف حسب التعريف القديم والدائم الذي اعطاه الفقيه الروماني سيسرون ، هو مبدأ أوله غذاه ودعمه الاستعمال الطويل - جاك لامبير/ المرجع السابق / ص 69

3) كان لوزير الحربية أو المدافع اختصاصات تشريعية مدنية صرفة لا تتصل بمهام وزارته كالاختصاص المخول له بمقتضى الامر الصادر في 28 فيفري 1841 الذي نصت المادة 73 منه على أن القواعد الخاصة بممارسة حرف أو مهن الموثقون المدافعون أمام المحاكم المنفذون القائمون بالبيع بالمزايدة السماسرة التجاريون تصدر عن وزير الحربية ، واستمر هذا الاختصاص قائما الى سنة 1925/ لامبير المرجع السابق .

4) ابراهيم السبع / المرجع السابق/ ص 22 وما بعدها .

الفرنسيين المقيمين في الجزائر عن أسباب بقائهم خاضعين لأوامر الملك دون خضوعهم للقوانين الصادرة عن البرلمان ، مع أنهم فرنسيون أصلا ، واستمر هذا بعد ثورة 1848 في فرنسا ، اذ نص دستور 4 نوفمبر 1848 في المادة 109 منه على أن الجزائر أرض فرنسية وتبقى منظمة بقوانين خاصة ، حتى صدور قانون يخضعها لهذا الدستور .

وبعدما تولى نابليون الثالث الحكم في فرنسا كون وزارة خاصة بالجزائر ، لكن الوضع التشريعي بقي كما هو ، اذ استمر أمر سنة 1834 نافذا ، وقد حاول نابليون وضع تشريع عام خاص بالجزائر وعهد بذلك لمجلس الشيوخ (1) ، ولكن الاخير وضع قانون الاحوال الشخصية فقط الصادر في 14 جويلية 1865 ، وبعد قيام الجمهورية الثالثة استمر نظام الاوامر ، لكن في شكل مراسيم تصدر عن رئيس مجلس الوزراء - التبعية للسلطة التنفيذية - وقد استمر هذا الى سنة 1946 عندما صدر القانون الخاص بالجزائر ، وطبق الى سنة 1956 بصدور القوانين التي صدرت بسبب قيام حرب التحرير ، فسلطة التشريع في الجزائر لم تبق على أصلها - أي الشريعة الاسلامية - بمصادرها المختلفة ، ولم تختص بها الجهة الاصلية الفرنسية - البرلمان - وانما اعطيت للسلطة التنفيذية .

أما بالنسبة لفروع القانون المختلفة فقد استمر تطبيق الشريعة الاسلامية لكن ليس بالطريقة الصحيحة ، وانما بطريقة مشوهة . فالحدود - القانون الجنائي - لم يوقف الفرنسيون تطبيقها ، بعد احتلال الجزائر مباشرة (2) ، وانما استمرت مدة 30 سنة بعد دخولهم ، مع بعض التعديل المتمثل في أن الجرائم المتعلقة بالاموال والاشخاص الفرنسيين تعتبر ماسة بأمن الجيش وتختص بها المحاكم العسكرية ، الا أن هذا أوقف بصدور أمر 4 أوت 1834 ، الذي منع المحاكم الفرنسية من اصدار عقوبات لم ينص عليها القانون الجنائي الفرنسي (عدم تطبيق الحدود) على غير المسلمين .

---

1) ابراهيم السبع / المرجع السابق/ مجمع الدين دويدر/ مصادر القانون الجزائري/ محاضرات القيت على طلبة الماجستير بمعهد الحقوق جامعة قسنطينة / 1978 (مخطوطة) .

2) ابراهيم السبع / المرجع السابق / ص 58 ومابعدها

وفي سنتي 1841 ـ 1842 تحول القانون الجنائي الفرنسي الى قانون عام يطبق على الجميع بما فيهم الجزائريين ، وبقيت للشريعة الاسلامية الولاية على مالم ينص عليه القانون الفرنسي ، الى أن أوقف العمل بها بصفة نهائية بمرسوم 31 ديسمبر 1859 بالنسبة للشمال (1) وفي 1870 بالنسبة للجنوب وفي 1874 بالنسبة لبلاد القبائل رغم انتهاء العمل بصفة رسمية بالشريعة الاسلامية في المسائل الجنائية (2) الا أن الفرنسيين أحلوا مايقابل التعزيز فيها بما سموه قانون الأهالي (3) ، هذا القانون صدر من فرنسا سنة 1881 وهو قانون عقوبات يطبق على الجزائريين ، والغرض منه هو منح الاداريين المدنيين الصلاحيات العقابية لتطويع المتمردين من الجزائريين خاصة الجماعات (القبائل) وكان هذا القانون يتضمن عقوبات جماعية توقع دون محاكمة ودون استئناف وبالحبس الاداري اذ يتم الايداع بمقتضى أمر اداري والوضع تحت الاقامة الجبرية بنفس الاجراء ، والغرامة الفردية والجماعية وضرورة الحصول على ترخيص للانتقال من (دوار الى دوار) .

وكان هذا القانون مؤقتا ينتهي العمل به بمرور سبع سنوات الا أنه استمر الى سنة 1944 ، حيث الغي بأمر من الجنرال ديغول شخصيا ، ولكن مفعوله استمر بعد حوادث 8 ماي

---

1) عمل الفرنسيون كثيرا على بث التفرقة العنصرية واحياء النعرات القبلية من ذلك اخضاعهم منطقة القبائل لاحكام خاصة بها متميزة عن غيرها من المناطق اعتقادا منهم ان كون سكان هذه المنطقة المنحدرين من اصل غير عربي يمكن التأثير فيهم بسهولة وبذلك يتمكنون من عزلهم عن بقية أفراد الشعب الجزائري، من ذلك تكثيف حملات التبشير في هذه المنطقة واحياء الاعراف والعادات السائدة في هذه المنطقة وتقنينها واخضاع سكانها لهذه القوانين كقانون (دوفو) 1859 و (هانتو) و (لوترنو) 1893 وكانت هذه القوانين تسري على المنحدرين من أصل قبائلي والمقيمين في منطقة القبائل فقط ، حسب ماحددت ، وكانت هذه القوانين تكرس الاعراف الفاسدة ، كحرمان المرأة من الميراث ، والتزامها بدفع مبلغ من النقود لمطلقها الاول عند زواجها مرة أخرى (لفدى) وتلتزم به كل امرأة .

ابراهيم السبع / المرجع السابق / ص92
وقد استمر العمل بهذه القوانين الى الاستقلال وقد أصدر المجلس الاعلى قرارا بشأنها في سنة 1970 وضع به حدا نهائيا للعمل بها .

2) ابراهيم السبع / المرجع السابق / ص58

3) ابراهيم السبع / المرجع السابق / ص64

1945 و 1 نوفمبر 1954 ، وقد تمسك الفرنسيون ببعض أحكام الفقه الاسلامي وحافظوا عليها لانها تخدم مصلحتهم ، من ذلك تمسكهم بتطبيق أحكام موارد بيت المال كالزكاة والعشور . . . الخ (1) وتجبى باسم الضرائب العربية ، الى جانب الضرائب الاخرى ، وأوقف العمل بها سنة 1919 .

وفي القانون المدني ، لم يطبق القانون المدني الفرنسي ولا الشريعة الاسلامية وانما طبقت قواعد هي مزيج من النظامين لعب القضاء الفرنسي دورا بارزا في خلقها ، بما يتفق مع مصلحته المتمثلة بالدرجة الاولى في تنظيم الملكية العقارية ـ تفتيت ملكية الجزائريين ـ خاصة أراضي (العرش) استنادا الى القانون المدني الفرنسي ذاته ، وتسهيل تجميعها في يد المعمرين .

وفي القضاء أبقى الفرنسيون على التركيبة الموجودة ، ولكنهم حولوا القضاة الى موظفين فرنسيين ، وكانت اختصاصاتهم في البداية عامة ، الا أنها تقلصت تدريجيا ، الا أن انحصرت في مسائل الاسرة ، وفي العقارات الغير مفرنسة ، ولكن هذا الاختصاص بقي محصورا في الدرجة الاولى للتقاضي (المحكمة) ، وحتى هذا الاختصاص لم يكن نهائيا ، اذ كان للمتقاضي الحق في الخيار بين القضاء الاسلامي والقضاء الفرنسي ، هذه الحرية كانت للجزائريين ، أما الفرنسي فلم تكن له هذه الحرية ، لانه يخضع للقضاء الفرنسي . علاوة على ذلك فالاستئناف كان من اختصاص القضاء الفرنسي فقط دون القضاء الاسلامي ، وبهذا أصبح القاضي الفرنسي ، يختص في تطبيق الشريعة الاسلامية والاجتهاد في فقهها (2) .

هذه هي الطريقة التي اتبعها الفرنسيون في احلال قوانينهم محل الشريعة التي لم يهملوها كليا ، وانما حافظوا عليها بالكيفية التي يريدونها ، فقد استمروا في دراستها وتدريسها لبعض الجزائريين الذين يرغبون في الاستعانة بهم وكانت الدراسة تقتصر على مختصر خليل ، هذا المختصر وان كان من الكتب المعتمدة في المذهب المالكي ، الا أن أسلوبه واختصاره الشديد لايعطي الصورة الحقيقية للفقه الاسلامي ، وانما يعطي صورة مشوهة ، هذه

1) ابراهيم السبع / المرجع السابق / ص 66
2) ابراهيم السبع / المرجع السابق / ص 113

الصورة نميقوها بالترجمة الى اللغة الفرنسية وشرحها بهذه اللغة ، وطبعها طباعة أنيقة .

كما حاولوا تقنين أحكام الفقه الاسلامي على نمط قانونهم المدني كمحاولة MEYSOMMANSSE ET NORE) ، وكمحاولة الحاكم العام الذي شكل لجنة في سنة 1905 وكلفها بتقنين أحكام الفقه الاسلامي دون التقيد بالمذاهب أو الاعراف ، وقامت اللجنة بوضع مشروع القانون الذي نشر في 1916 ولكنه لم يصدر بصفة رسمية ، وقد أشتهر هذا المشروع بتقنين (MOROUD) وهذا المشروع هو مزيج من أحكام الفقه الاسلامي المأخوذة من كتبه المختلفة دون التقيد بمذهب خاص لاحتوائه على أحكام مختلفة/ .

ان موقف الفرنسيين من الشريعة الاسلامية لم يكن واحدا ، فهم أحيانا يوقفون العمل بها ، وأحيانا يسهمون بها وبدراستها ، كان هذا الموقف مؤقتا بطبيعة الحال لانه سينتهي عندما يتمكنون من القضاء على الشخصية الجزائرية قضاء نهائيا ، والحمد لله الذي خيب آمالهم باستقلال الجزائر التي ضحى أبناؤها من أجلها بسخاء ، الا أن آثار الفرنسيين لم تزل بخروجهم بقيت أفكارهم التي أطلق عليها الاستاذ السبع ـ المدرسة الاستعمارية للفقه الاسلامي في الجزائر ـ هذه المدرسة سيقضي عليها بافتتاح المعهد الاسلامي بجامعة الجزائر ، وافتتاح جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، التي نأمل أن تحقق هدفها الذي نختصره ـ في الأصالة والمعاصرة ـ .

---

(1) مجد الدين دويدور / المرجع السابق /

المبحث الثالث

الوضع الحالي للشريعة

كان الربع الاخير من القرن التاسع عشر ، هو الفترة التي توارت فيها الشريعة الاسلامية ، وتخلت عن مكانتها كمصدر أصلي للقانون باستثناء الأحوال الشخصية ، وهذا للأسباب التي أوجزنا أهمها في المبحث السابق ، الا أن تلك الاسباب لم تؤد الى صرف النظر عنها نهائيا ، بل كانت تلك الاسباب وراء الاهتمام بها ومحاولة اعادتها الى مكانتها وسنتعرض لها في فرعين .

الفرع الاول : الصحوة السياسية والعلمية .

صاحب وضع مجلة الاحكام العدلية المستمدة من الفقه الحنفي في الدولة العثمانية وتطبيقها في كل البلاد العربية تقريبا والقوانين الاهلية في مصر المستمدة من عدة مصادر كان القانون الفرنسي هو المصدر الرئيسي لها (1) ، وافتتاح مدرسة الحقوق الخديوية في مصر ، ظهور دعاة (2) الاصلاح السياسي والاجتماعي في الوطن العربي مشرقه ومغربه ، والذين كان معظمهم يرى ان الخلاص من الوضعية التي كانت فيها المنطقة من ضعف وتسلط الحكام ، وتكالب الاستعمار . . . لا يتم الا بالرجوع الى الدين الحنيف وفهمه فهما صحيحا ، وازالة ما علق به من خرافات وما أصاب أتباعه من جمود .

كانت فكرة الرجوع الى الدين (3) هي الاساس التي انطلق منها كل من عمل في هذا الحقل ، وان كان هناك اختلاف في الطريقة ، اذ كان بعضهم يرى أن هذا الاصلاح المنشود يمكن الوصول اليه وفرضه عن طريق الاصلاح السياسي ، أي اصلاح الحكام ، في حين رأى بعضهم

1) د. عبد الرزاق السنهوري/ وجوب تنقيح القانون المدني/ مجلة القانون والاقتصاد/ السنة 6/ العدد 1 يناير 1936 .
2) جمال الدين الافغاني/ قدم الى مصر سنة 1870 ومكث فيها الى سنة 1879/ والمجلة صدرت سنة 1879 / والقانون المدني الاهلي سنة 1883.
3) راجع مناهج الاصلاح في الشرق منذ أواخر القرن التاسع عشر حتى عصر النهضة المعاصرة سلسلة محاضرات القاها المرحوم الدكتور محمد قاسم في مركز الاعلام العربي بالجزائر سنة 1966 ونشرتها مجلة الثقافة الجزائرية ، الاعداد 81، 82 / السنة 14 / وكذلك كتابه جمال الدين الافغاني ، حياته وفلسفته / مكتبة الانجلو المصرية سنة 1955 .

ان هذا الاصلاح يتم عن طريق اصلاح المجتمع (1) ، وذلك بنشر التعليم ، وتحديثه والتخلي عن المناهج القديمة ، ونبذ التقليد والتفكير الحر والاجتهاد (2) في جميع المجالات ، الا أن جهود هؤلاء لم تؤت ثمارها في وقتهم ، ولكنها كانت بمثابة بذور جيدة القيت في تربة صالحة سرعان ما أينعت وأثمرت ، وأتت بعض أكلها ، وبعضها مازال في طور النمو .

فقد شهد العالم العربي أثر هذه الدعوة في بدايات هذا القرن صحوة شاملة عمت جميع الميادين ، وكان تركز هذه الصحوة أول الأمر في ضرورة التحرر من الاجنبي من الناحيتين السياسية والثقافية ، وسنقتصر هنا على جزء من أحد الجانبين ، لانه هو الذي يهمنا وهو الجانب الفقهي الذي تعددت فيه النتائج والتي يمكن اختصارها كالتالي :

1) ظهور فئة من الدارسين للفقه الاسلامي في مراكزه المعهودة (3) الازهر والقرويين استجابت لتلك الدعوة واستطاعت أن تتخطى ذلك السياج الكثيف الذي أحيط به الفقه خلال عصور الخمول ، فنبذت التعصب المذهبي الضيق ، ولم تقصر همتها على الوسائل والفروع ، وانما اتجهت الى الاصول والمقاصد ، واستغنت عن المختصرات والاسفار ، ولجأت الى أمهات الكتب فنهلت من هذه الينابيع ولكنها لم تتبعها في شكلها بل البستها حلة جديدة ، وقد ساعدها في ذلك أنها أتيحت لها فرصة الاطلاع على الطرق الحديثة في التدريس وكيفية البحث فاستفادت من ذلك استفادة كبيرة ، وأصبح الفقه بفضل هؤلاء في متناول طلاب العلم المختصين على الاقل من حيث الصياغة والعرض ، كما أنهم لم يقتصروا على مذهب معين ، بل تناولوه من وجهة نظر جميع المذاهب تقريبا ، وهم في ابتاعهم لهذه الطريقة لم يبدعو وانما اقتفوا أثر بعض السلف الصالح كابن قدامة في كتبه المغني ، وابن رشد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد .

---

1) كان جمال الدين الافغاني هو الذي يمثل هذا الاتجاه ، وقد تبعه فيما بعد عبد الرحمن الكواكبي مع اختلاف في بعض الجزئيات .

2) يمثل هذا الاتجاه الشيخ محمد عبده ، والشيخ عبد الحميد بن باديس .
— يذكر الامام محمد عبده أنه نقل عن الصحابة أنهم كانوا اذا رأوا المصلحة في شئ يحكمون به ، ويرون ان الاخذ بما فيه المصلحة لا بجزئيات الاحكام وفروعها / تفسير المنار/ ج 4 ص 210

3) نذكر بعضا على سبيل المثال لا الحصر ، الشيخ مصطفى المراغي الشيخ محمد أبو زهرة الشيخ محمد شلتوت ، الشيخ عبد الوهاب خلاف في مصر ، علال الفاسي في المغرب ، مصطفى الزرقاء في سوريا

وقد عاصر هؤلاء فئة من دارسي الحقوق ، لم تنبهر بالقوانين التي درستها وتعتبرها بالتالي قمة التطور التشريعي ، وهذا نتيجة لتعدد المفاهيم وتباين الاتجاهات في المجال القانوني بعد صدور القوانين الجرمانية وانتشار المذاهب الاجتماعية وشيوع الدراسات المقارنة كل هذا خلصها من نظرة التقديس للقانون المدني الفرنسي بصفة خاصة[1] ، واتجهت الى الفقه الاسلامي فدرست بعض النظريات فيه ونادت باد خالها في التشريع لمزاياها العلمية ومسايرتها للتطور .

كما اتجه عدد كبير من طلبة الدراسات العليا الى الشريعة الاسلامية ودرسوا مواضيع محددة من فقهها دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية[2] ، هذه الدراسات وان كانت لم تتجه الى بيان معرفة حكم الشريعة في المسائل التي درست الا أن هذا لا يقلل من قيمتها العلمية والخدمة الثمينة التي قدمتها للفقه الاسلامي .

في حين قام بعض الباحثين بدراسة مواضيع معينة وبحثها بحثا مستفيضا[3] .

2) اهتمام الاجانب بالشريعة :

لقد كان للاجانب فضلا كبيرا على الشريعة الاسلامية ، اذ اهتموا بها ودرسوها دراسة مقارنة ، واعترفوا بمكانتها كشريعة متكاملة ، وكان على رأس هذه المجموعة الفقيه الفرنسي (ادوارد لامبير) عميد الفقه المقارن الذي كان لا يترك أي فرصة للتنويه بالشريعة الاسلامية ، فقد كان يرشد الطلبة الذين كانوا يدرسون على يده بقوله (ان لديكم في الفقه الاسلامي كنزا مخبوءا ينتظر من يجلوه لعالمنا المعاصر ليهتدي به ، ويسترشد بمنطقه في الحيرة المدلهمة التي

1) راجع مثلا السنهوري ، وجوب تنقيح القانون المدني / مجلة القانون والاقتصاد / السنة 6/ العدد 1/ يناير 1936.
ويمكن في هذا الصدد مقارنة بين موقف السنهوري الرأيمنفي القانون المدني الفرنسي في المقال السابق ، وموقف الدكتور حامد زكي من نفس القانون، اذ نعى على محكمة الاستئناف أخذها بنظرية الظروف الطارئة ، واعتبرها قد خالفت المبدأ المقرر في القضاء الفرنسي ، مع أن القانون المصري مأخوذ عن التشريع الفرنسي/ أنظر مقاله في مجلة القانون والاقتصاد / السنة 2/ ص 95 .

2) قام أحد الاساتذة بعملية جرد واحصاء لهذه المواضيع المسجلة في جامعة القاهرة بكلياتها الحقوق والشريعة والقانون فبلغت 170 ، وقد اقتصر التعداد على أهم رسائل الدكتوراه فقط / وأقدم رسالة يعود تاريخها الى سنة 1936.

3) كرسالة الدكتور محمد زيدان عن أحكام الذميين والمستأمنين/ ورسالة الدكتورة نادية شريف العمري اجتهاد الرسول صلى الله عليه وسلم ، ورسالة أستاذنا وحيد الدين سوار/ التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي .

أعجزت عالمنا الآن عن التميز بين الحق والباطل وبين الخير والشر، وصرفته عن التوفيق الحكيم بين مصلحة الفرد ومصلحة المجتمع)[1] .

وقد تدعمت هذه النظرة وتأكدت في المؤتمر الأول للقانون المقارن المنعقد بمدينة لاهاي سنة 1932 ، اذ اعترف أعضاؤه من الفقهاء بأن الشريعة الاسلامية مرنة قابلة للتطور وانها احدى الشرائع الأساسية التي سادت العالم ولاتزال تسود فيه . وفي دورته الثانية سنة 1937 في المدينة ذاتها قرر بالاجماع مايلي :

1- اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر التشريع العام .

2 - اعتبارها حية قابلة للتطور .

3 - اعتبارها قائمة بذاتها ليست مأخوذة من غيرها[2] .

وفي سنة 1948 انعقد مؤتمر المحامين الدولي بمدينة لاهاي أيضا وكان من ضمن قراراته (اعترافا بما في التشريع الاسلامي من مرونة وماله من شأن هام ، يجب على جمعية المحامين الدولية أن تقوم بتبني الدراسة المقارنة لهذا التشريع ، وبالتشجيع عليها) .

وفي سنة 1951 عقدت شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولي للقانون المقارن مؤتمرا في كلية الحقوق من جامعة باريس تحت عنوان (أسبوع الفقه الاسلامي) حضره عدد كبير من رجال القانون والفقه الاسلامي في العالم ، وقد القيت في المؤتمر خمس موضوعات ، هي: اثبات الملكية ، الاستملاك للمصلحة العامة ، المسؤولية الجنائية ، تأثير المذاهب الاجتهادية بعضها في بعض ، ونظرية الربا في الاسلام ، كل موضوع خصص له يوم ، ثم تعقب المحاضرة مناقشة أعضاء المؤتمر .

---

1) د . محمد عبد الله العربي / رئيس جمعية الدراسات الاسلامية / فيمقدمة موسوعة الفقه الاسلامي باشراف محمد أبو زهرة / ص 2 .

2) د . محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ط 4 / سنة 1969 / دار النهضة ص 24 / موسوعة الفقه الاسلامي / جـ 1 / ص 103 .

وفي خلال بعض المناقشات قال أحد المشتركين في المؤتمر (وهو من نقباء المحامين السابقين في باريس) : (أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جمود الفقه الاسلامي وعدم صلوحه أساسا تشريعا يلبي حاجات المجتمع العصري المتطور ، وبين ما نسمعه الآن في المحاضرات ومناقشاتها ، مما يثبت خلال ذلك تماما ببراهين النصوص والمبادئ) (1) .

وفي ختام المؤتمر اتخذت بالاجماع القرارات التالية :

1 ـ ان مبادئ الفقه الاسلامي لها قيمة حقوقية تشريعية لا يماري فيها .

2 ـ ان اختلاف المذاهب الفقهية في هذه المجموعة الحقوقية العظمى ينطوي على ثروة من المفاهيم والمعلومات ، ومن الأصول الحقوقية ، هي مناط الاعجاب وبها يستطيع الفقه الاسلامي أن يستجيب لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها .

ثم أوصى المؤتمر بأن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الاسلامي يسهل الرجوع الى مؤلفات هذا الفقه ، ليكون موسوعة فقهية تعرض فيها المعلومات الحقوقية الاسلامية وفقا للأساليب الحديثة .

وتأسست في (غوتجن) بألمانيا جمعية باسم جمعية الشيباني للحقوق الدولية ضمت كثيرا من علماء القانون الدولي ، وهدف الجمعية ، هو التعريف بالشيباني واظهار آرائه في القانون الدولي الاسلامي ونشرها مؤلفاته المتعلقة بذلك وقالوا عنه (بأنه خليق بأن يأخذ مكانه الحق بين رواد القانون الدولي العالمي) (2)

وقد كانت لهذه المؤتمرات المشهورة هذه الجمعية وللدراسات التي قام بها الأجانب أثرا كبيرا في اهتمام المسلمين أكثر بالفقه الاسلامي ونشره ودراسته على ضوء هذه الدراسات

---

1) مصطفى أحمد الزرقاء / المدخل الفقهي العام / ج1/ ص7، 8، 9، وكان ضمن الوفد السوري لهذا المؤتمر مع الدكتور معروف الدواليبي ، ود . محمد سلام مركور/ المرجع السابق/ ص25/ موسوعة الفقه الاسلامي / اشراف أبو زهرة / ص 104

2) د . حمد عبيد الكبيسي / المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية / دار المعرفة بغداد / ط1 سنة 1980 / ص5 .

المقارنة ، ونكتفي هنا بايراد بعض النماذج من هذه الآثار .

فقد أوصى مؤتمر باريس للحقوق المقارنة المشار اليه ، بوضع معجم للفقه الاسلامي يسهل الرجوع الى مؤلفات هذا الفقه ، فهذه التوصية ، هي التي دفعت الأساتذة - أساتذة كلية الشريعة في دمشق التي أنشئت سنة 1955 على احياء هذه الفكرة والعمل من أجل تحقيقها (1) فصدر المرسوم الجمهوري السوري رقم 1711 لسنة 1956، ونص في هذا المرسوم ، على أن تصدر كلية الشريعة بدمشق موسوعة غايتها صياغة مبادئ الفقه الاسلامي ، وافراغها في مصنف جامع مرتب على غرار الموسوعات القانونية الحديثة ، بحيث تعرض مواد الفقه الاسلامي عرضا علميا حديثا يسهل الرجوع الى نصوصه للافادة منها الى أبعد حد ، ويرشد الباحثين الى مصادر هذا الفقه ، وقد تألفت لجنة الموسوعة من أشخاص عينوا بأسمائهم في المرسوم ،فاستعان هؤلاء ببعض الأساتذة من مصر ، فاشتركوا ، وبعد ما تمت الوحدة بين القطرين سنة 1958 انشئ مكتب للموسوعة يتبع لجنة القانون بالمجلس الاعلى لرعاية الفنون والآداب والعلوم الاجتماعية وجدد مرسوم انشاء المجموعة بالقرار الجمهوري رقم 536 لسنة 1959.

وظهر العدد الاول منها في يوليو 1961 بعنوان موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي ، ولكن لجنة الموسوعة الموسعة ، قد انفرط عقدها بعد الانفصال وأعيد تشكل اللجنة في كل من سوريا ومصر ، وعملت كلا من اللجنتين بصفة مستقلة ، وقد استطاعت لجنة دمشق أن تنهي 12 جزءا ، هذا حسب اطلاعنا ، أما لجنة القاهرة فقد اخرجت جزئين - حسب علمنا - وقد رتبت المجموعتين وفقا للترتيب الأبجدي ، وعرضت المسائل التي تتناولها بايجاز يكفي لاعطاء معلومات وافية ، بحيث يستفيد منها الباحث سواء كان دارسا أو قاضيا .

كما للأستاذ أدوار لامبير دورا هاما جدا في التعريف بنظرية من أهم نظريات القانون في عصرنا ، الا وهي نظرية الظروف الطارئة ، اذ أشار الى أن نظرية الظروف في الفقه

---

1) موسوعة الفقه الاسلامي / اشراف أبو زهرة / ص 5، 6 ، 7

الاسلامي ، تعبر عن فكرة يوجد أساسها في (نظرية الظروف المتغيرة)[1] وقد أخذ بها المرحوم السنهوري وجعلها مصدرا لهذه النظرية ، وأوضح ذلك في المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني ، وقام بعد ذلك الدكتور عبد السلام الترمانيني ببحث هذه النظرية بتوسع ودرسها دراسة مقارنة مع القوانين الوضعية ، كذلك قام الدكتور صلاح المنجد بتحقيق ونشر كتاب السير الكبير للفقيه الحنفي محمد بن الحسن الشيباني .. الى غير ذلك من الاعمال والبحوث المتعلقة بهذا الموضوع والتي يصعب الاحاطة بها ومعرفتها . هذا اضافة الى الهيئات والتجمعات التي انشئت في العالم العربي ، والمؤتمرات والندوات التي عقدت هنا وهناك كالاسبوع الثاني للفقه الاسلامي في دمشق سنة 1961 ، والثالث بالقاهرة سنة 1967 ، ومؤتمر الفقه الاسلامي بالرياض 1917 ، وكرابطة العالم الاسلامي ، والمؤتمر الاسلامي بالسعودية ، ومؤتمر العلماء المسلمين بالقاهرة ، الى جانب الندوات ، وكأسبوع الفقه الاسلامي الذي انعقد في دمشق من 31 مارس الى 6 أفريل 1961 ، وملتقى الفكر الاسلامي الذي دأبت الجزائر على عقده منذ مدة طويلة استكمل في هذا العام عدده الثامن عشر ، وكان من نصيب الشريعة ثلاثة ملتقيات اذ خصص الملتقى الخامس عشر لعلوم القرآن ، والملتقى السادس عشر للسنة النبوية ، والملتقى السابع عشر للاجتهاد .

كما كان لاصلاح الازهر على يد الشيخ الاحمدي الظواهري الذي تولى مشيخة الازهر من سنة 1928 ـ 1936 ، وانشاء كليات الشريعة ، وأصول الدين ، واللغة العربية ، وتحوله الى جامعة بعد ثورة يوليو ، وكذلك افتتاح كلية الشريعة بدمشق سنة 1955 ، وجامعة القرويين بالمغرب ، ومعهد مشابه للازهر في طرابلس بلبنان ، وافتتاح جامعة الامير عبد القادر للعلوم الاسلامية بقسنطينة بالجزائر سنة 1984 ، التي نرجو لهما أن يعم اشعاعها كافة الاقطار الاسلامية .

---

1) اسعد الكوراني / في مقدمة نظرية الظروف الطارئة / د . عبد السلام الترمانيني / دار الفكر 1971.

الفرع الثاني : **أثر الشريعة الاسلامية في التشريعات العربية .**

لم تقتصر النهضة العربية الحديثة في المجال الفقهي على الهيئات العلمية ، وانما امتدت الى المجال التشريعي ، حيث احتوت التشريعات العربية المختلفة ، على أحكام استيقت من الشريعة ، الا أنها اختلفت في مدى الأخذ بهذه الأحكام ، فقد وسع البعض منها في الأخذ بالشريعة ، بينما اكتفى البعض بأحكام قليلة ، هذا دون أن تدخل قوانين الأحوال الشخصية أو قانون الأسرة كما سماه واضع التشريع الجزائري .

سنحاول في هذا الفرع تلمس هذا الأثر في فرعين فقط من فروع القانون ، هما : الدستور والقانون المدني ، لأن معرفة أثر الشريعة في كل فروع القانون أمرا لا يتسع له هذا الحيز من البحث ، ولأن كل من الفرعين ينوب عن عدة فروع .

في القانون الدستوري :

كانت البلاد العربية واقعة تحت الاحتلال ، باستثناء مصر ، وبعد استقلالها ووضعها لدساتيرها ، حرصت هذه الدول على ايراد بنود في دساتيرها تتعلق بالشريعة أهمها ماتعلق بالدين الاسلامي ، اذ نصت جميعها على أن الدين الاسلامي هو الدين الرسمي للدولة .

ورد هذا النص في الدستور الجزائري الأول الصادر سنة 1963 ، والأخير الصادر في 1976 ، والدستور المصري الصادر سنة 1923 ، والدستور الصادر سنة 1930 ، والدستور الصادر في سنة 1956 [(1)] ، بينما تضمنت بعض الدساتير الى جانب هذا النص ، نصا آخر يتعلق بالشريعة الاسلامية وأنها المصدر الأساسي للتشريع ، فقد نص الدستور الكويتي الصادر سنة 1962 [(2)] ، ونص الدستور المصري الصادر في 1972 على أن مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر

1) علي علي منصور / المرجع السابق / ص 112

2) د . توفيق العطار / المدخل للقانون وتطبيق الشريعة الاسلامية / ص 38 / الهامش رقم 1
د . عبد الحميد متولي / الشريعة الاسلامية كمصدر أساسي للدستور / منشأة المعارف سنة 1975 / ص 18 .

رئيسي للتشريع ، ونص الدستور السوري الصادر سنة 1972 ، على أن الفقه الاسلامي هو المصدر الرئيسي للتشريع (1).

يتبدى من العرض السابق للدساتير العربية ، ان هذه الدساتير انقسمت بشأن الشريعة الى اتجاهين ، اتجاه قصر الدين على العبادات فقط ، واتجاه مدها الى ميدان المعاملات أيضا :

الاتجاه الأول : وهو الاتجاه الذي قصر الشريعة أو الدين على العبادات أو العقيدة فقط ، ويندرج في هذا الاتجاه الدساتير التي اكتفت على النص بأن الدين الرسمي للدولة هو الاسلام ، ومفهوم هذا النص عندنا (2) ، هو أن الدولة ليست دولة علمانية أو لائكية أي لادينية وانما هي دولة تتبنى دينا سماويا معينا هو الدين الاسلامي الحنيف ، أما نطاق الدين فلا يتجاوز العبادات ، أي العلاقة بين العبد وخالقه ، أما علاقة الفرد بغيره من الافراد فان الدين لايتدخل فيها الا في المجالات التي تتصل به اتصالا وثيقا لايمكن فصله عنه ، دون أن يصاب الشعور العام والوجدان بخدش ، ولايعني هذا أن الدولة في ظل هذا الاتجاه تقف عند حد تقرير حق العقيدة كحرية عامة ، وانما تلتزم بضمان حرية العقيدة الاسلامية وممارسة شعائرها بحرية تامة بوسيلتين :

---

1) وتضمن مشروع الدستور الذي وضع بعد صدور الميثاق الوطني السوداني الذي تم بعد ثورة اكتوبر 1964 على اربعة مواد هي :
م 113 الشريعة الاسلامية هي المصدر الاساسي لقوانين الدولة .
م 114 يعتبر باطلا كل نص في أي قانون يصدر بعد اجازة هذا الدستور ، ويكون مخالفا لأي حكم من أحكام الكتاب والسنة الا اذا كانت تلك المخالفة قائمة في جوهرها قبل اجازة الدستور .
م 115 على الدولة أن تصدر من التشريعات ماتعدل به جميع القوانين التي تعارض أي حكم من أحكام الكتاب والسنة وما تنفذ به أحكام الشريعة التي كانت معطلة على أن تصدر تلك التشريعات بالتدرج الذي تقتضيه الضرورة وفق مايرى المشرع .
م 142 اذا لم يجد القاضي نصا تشريعيا يستنبط أصول حكمه من مبادئ الشريعة الاسلامية ونظرياتها العامة ، ومما لايعارضها من قواعد العدالة والوجدان السليم .
د . زكي مصطفى عبد المجيد / القانون المدني السوداني تاريخه وخصائصه / مطبعة النهضة الحديثة 1968 / ص 199 ، 200 .

2) لم نعثر في كتابات شراح القانون الدستوري العرب على بحث تناول هذا الموضوع من الناحية الدستورية ، ولاندري سبب احجامهم على تناول مثل هذا الموضوع ربما يعود ذلك الى دقة الموضوع وحساسيته وعدم نضج التجربة الدستورية في الوطن العربي فهي وان كانت حقيقة تجربة حديثة العهد ، الا ان هناك بعض الدلائل التي تشير الى ثباتها واستقرارها اذ واجهت بعض الدول العربية حالات او ظروف طبق فيها الدستور تطبيقا سليما .

أ ـ تلتزم الدولة برعاية الدين وصيانته من كل ما من شأنه أن يؤدي الى الانتقاص من قيمته أو الاعتداء عليه ، كالتبشير أو الدعوة لدين آخر سماويا كان أو غير سماوي ، أو أية دعوى أخرى .

ب ـ خلق ورعاية الهيئات (1) اللازمة التي تقوم بتبليغ الدعوة وتوصيلها لجميع المواطنين على قدم المساواة ، وتهذيبها عن طريق الفهم الصحيح لجوهر الدين ، وتربية النشئ تربية دينية ، ولا يترك أمر هذه التربية للأسرة وحدها ، في مقابل هذا لا تمنع ممارسة الشعائر الدينية لمن لا يدين بالاسلام في حدود مالا يتعارض مع الدين الرسمي ، أي الاسلام .

أما في مجال العلاقات الاجتماعية فالامر متروك لولاة الامور ينظمونها وفقا لما يتراءى لهم بالتشريعات المختلفة ، ولا تلتزم بأن تتقيد بأن تستمد أحكام التشريعات التي تسنها من الدين ، فالمعاملات وخاصة المعاملات المالية يمكن أن تستمد من الدين اذا كانت هذه الأحكام تحقق الهدف أو الاهداف المنشودة من التشريع المراد سنه واذا ارتأت عدم ملاءمة هذه الأحكام واستعاضت عنها بأحكام اقتبستها من مصادر أخرى فانها لا تعتبر قد خرقت الدستور ولا يمكن الطعن في هذه القوانين بعدم الدستورية .

الاتجاه الثاني : وهو الذي وسع من دور الدين ، فقد مده الى المجال الاجتماعي ويدخل في هذا الاتجاه النص على اعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا رئيسيا

---

1) توجد في الجزائر على سبيل المثال وزارة خاصة بهذا هي وزارة الشؤون الدينية عهد اليها بالادارة الدينية تسيرها وتشرف عليها ، ويعتبر القائمون بهذه الادارة موظفون عموميون ، استثنيت بعض الفئات منهم من الخضوع لقانون الوظيفة العامة ، الى جانب بعض الفئات المستثناة من الخضوع له ، كما أنشئ مجلس أعلى ـ المجلس الاسلامي الاعلى ـ شكل من المتفقهين في الدين ، واختصاصه ابداء الرأي والفتوى في المسائل الهامة ، كما تقوم الدولة بتمويل النشاطات العلمية الدائم منها والمؤقت وادخلت التربية الدينية في المدارس ومؤخرا تم افتتاح جامعة قصر نشاطها العلمي على تكوين الطلبة تكوينا دينيا عاليا ومتخصصا كما اشتراط في المرشح لرئاسة الدولة أن يكون مسلما ، الذي يتعهد وفقا لليمين الدستورية باحترام الدين الاسلامي وتمجيده ، فالاسلام وفقا لتعهد المسؤول الاول في الدولة من العناصر الاساسية التي يقوم عليها النظام العام .

للتشريع (1) ، فان مدلول هذا النص يشمل الى جانب الالتزامات المشار اليها آنفا ، تقيد الدولة عند سنها للقوانين بمراعاة أمرين :

أ ـ وجوب اللجوء الى الشريعة الاسلامية بمفهومها العام الكتاب والسنة ، والاجتهاد بمصادره المتفق عليها ، والمختلف فيها ، ولا يجوز لها اللجوء الى مصدر آخر الا بعد بذل الجهد اللازم وعدم العثور على حكم في الشريعة .

ب ـ في حالة عدم وجود حكم يمكن اللجوء الى المصادر الاخرى شرط أن تكون الاحكام المشتقاة من هذه المصادر غير مخالفة لروح الشريعة وفلسفتها العامة .

فاذا اهملت ذلك فان القانون الذي تصدره يكون عرضة للنقض .

أثر الشريعة في القوانين المدنية :

- كانت بعض البلاد العربية تطبق مجلة الاحكام العدلية وكانت مصر تطبق القانون المدني الاهلي ، والجزائر كانت تخضع لمزيج من القوانين ، الا أن هذه القوانين جميعها لم تحز

(1) يدخل في هذا الاتجاه الدستور السوري والكويتي والمصري ، الا أن الاخير اختلف النص الوارد فيه بعض الشئ عن الدساتير الاخرى ، حيث نص على مبادئ الشريعة الاسلامية ، وقد ثار نقاش حول مدلول هذه المادة ، هل تعني أن مبادئ الشريعة الإسلامية هي المصدر الوحيد للتشريع ، أم أنها تعتبر المصدر الاساسي الى جانب المصادر الاخرى ، فذهب رأي الى أنها تعتبر المصدر الوحيد ، بينما ذهب رأي آخر الى أنها تعتبر المصدر الاساسي الى جانب المصادر الاخرى ، ولكل من الرأيين حججه وأسانيده ، / راجع بعض الحجج في المدخل للقانون وتطبيق الشريعة الاسلامية / توفيق العطار / ص 155 ، 159 / وكذلك الشريعة الاسلامية كمصدر أساسي للدستور / عبد الحميد متولي / ص 15 الى 25 .

أما مشروع الدستور السوداني وإن كان من نفس الاتجاه الا أنه يختلف عنه في أمرين :

1 ـ نص في صلبه صراحة على أن القوانين التي تصدر بعد نفاذ المشروع يجب أن تكون مطابقة لاحكام الشريعة الاسلامية ، وألزم الدولة بمراجعة القوانين وتعديل ما يخالف منها أحكام الكتاب والسنة .

2 ـ انه رتب مصادر القانون بصفة عامة ، اذ حدد المصدر الرئيسي الذي هو الشريعة الاسلامية التي تستقي منها كافة القوانين ، وفي حالة عدم وجود نص أرشد القاضي الى ما يجب عمله في المادة 142 ، وقد علق الدكتور زكي مصطفى عبد المجيد بأن السمة الواضحة لهذه النصوص أنها تنطبق على القانون الجنائي ، والقانون المدني بنفس القدر ، ويبدو أن تعليقه أورده كمثال فقط ، لان اخضاع القانون الجنائي لاجتهاد القاضي اهدار للحريات واستخفاف بالارواح ، التي تدخل ضمن المقاصد الضرورية للشريعة وفقا لما سوف نرى فيما بعد .

ولكننا لا ندري هل أجيزت هذه النصوص أم لا ، وفي حالة اجازتها ماذا كان رد الفعل بشأنها عند السودانيين أنفسهم الذين لا يدين قسم كبير منهم بالاسلام .

الرضا اللازم ، واتجه التفكير الى تبديلها أو تنقيحها ، فبالنسبة للجزائر كانت هذه القوانين وضعت في ظل مرحلة معينة ، المرحلة الاستعمارية ، ولم يعد مايبرر سريانها بعد الاستقلال أما بالنسبة لمصر فان قانونها المدني قد طبق فترة زمنية كانت كافية لاظهار عيوبه الكثيرة مما دعا الحكومة الى التفكير في تعديله (1) ، أما سوريا التي كانت تطبق المجلة ، فقد حصل شبه اتفاق على أن المجلة أصبحت غير صالحة ، ولا بد من وضع قانون جديد يحل محلها وكان السبب ذاته وراء وضع القانون المدني . وسنتعرض لهذه القوانين كل على حده ، وفقا للتسلسل التاريخي .

1) مصر

كانت مصر تطبق القانون المدني الأهلي الصادر سنة 1883 ، المقتبس من القانون الفرنسي ، وبعد ماطبق لمدة معينة أصبح في نظر المشتغلين بالقانون غير لائق ، وأعلن عن هذا التعديل بمناسبة العيد الخمسين لانشاء المحاكم الأهلية ، ونشر المرحوم عبد الرزاق السنهوري بحثا تحت عنوان / وجوب تنقيح القانون المدني / بين فيه عيوب القانون القديم وكشف عن أخطائه كما بين الأسس التي يجب أن يقوم عليها التنقيح والطرق التي يجب سلوكها لتحقيق ذلك .

أثر ذلك شكلت لجنة للقيام بالتنقيح المطلوب ، الا أن اللجنة التي أفلحت في ذلك هي اللجنة الأخيرة التي شكلت من عضوين فقط هما الأستاذ (ادوار لامبير) والأستاذ السنهوري رحمه الله ، الا أن الفقيه الفرنسي لم يمكث في مصر كثيرا (2) ، فقد شارك في الأعمال الأولى للمشروع ، وقام وحده بوضع نصوص الباب التمهيدي ، ونصوص عقد المقاولة والتزام المرافق العامة والتأمين ، وتكفل بالباقي الأستاذ السنهوري مستعينا ببعض رجال القضاء والقانون ثم ارسل المشروع للاستفتاء ، وشكلت لجنة لمراجعته ، وبعد ذلك عرض على البرلمان لمناقشته وأقره البرلمان بتاريخ 16 يونيو 1948 على أن يعمل به ابتداء من 15 أكتوبر 1949 .

وقد أتى هذا القانون متكاملا واستطاع أن يوفق بدقة وحذر بين اتجاهين مختلفين : الاتجاه الشخصي ، والاتجاه الموضوعي ، الاتجاه الأول كان يغلب على القانون

1) مجلة القانون والاقتصاد / السنة 6 / العدد 1/ يناير 1936/ الوسيط / ج1/ ص 11 ومابعدها / ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري .
2) د . السنهوري / الوسيط / ج1 / الهامش رقم 1 / ص 17

القديم والقضاء الذي طبقه خلال فترة 60 سنة تقريبا ، والاتجاه الثاني الذي يساير التطورات الاجتماعية والاقتصادية التي اقتضت تحديد سلطان الارادة عند تكوين العقد وعند تنفيذه وتقييد الملكية بقيود حولتها الى وظيفة اجتماعية ، وقد استعان لتحقيق هذا بأحدث القوانين الغربية وبمبادئ الفقه الاسلامي .

أما الجديد الذي أتى به بالنسبة للشريعة الاسلامية يتمثل في أمرين هامين جدا أولهما انه جعل الشريعة مصدرا رسميا الى جانب التشريع والعرف ، وثانيهما أخذه ببعض نظرياتها ، كنظرية التعسف في استعمال الحق ، ونظرية الظروف الطارئة الى جانب بعض الفروع متفرقة بين أبواب القانون .

ولا نتعرض هنا لكل هذه المسائل ، وانما نكتفي بالمادة الاولى .

مناقشة المادة الاولى أمام اللجان المختلفة :

1) **لجنة المراجعة :**

تليت المادة الاولى التي جاء نصها في المشروع :

1ـ تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها .

2 ـ فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة .

3 ـ ويستلهم في تلك الاحكام التي أقرها القضاء والفقه مصريا كان أو أجنبيا ، وكذلك يستلهم مبادئ الشريعة الاسلامية .(1)

واقترح في لجنة المراجعة تعديلا (2) يجعل مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا ملزما ويوضع في الترتيب قبل مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، حتى تجد مجالا في التطبيق ، فوافقت اللجنة على ذلك ، وأصبح نصها ـ نص الفقرة الثانية ـ كما يلي :

1) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج 1 / ص 190
2) صاحب الاقتراح / د . عبد الرزاق السنهوري

(فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية ، الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين ...) .

2) لجنة مجلس الشيوخ :

بعد تلاوة المادة ، اعترض على حكم الاحالة على مبادئ الشريعة الاسلامية ، دون التقيد بمذهب معين لأنّ ذلك يحدث اضطرابا بين الأحكام لاختلاف المذاهب ، وتأيد هذا الاقتراح باقتراح الاحالة على مبادئ الشريعة الاسلامية دون التقيد بمذهب معين ، وعلى ذلك تحذف عبارة (الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين) لأنّ جوهر الشريعة الاسلامية لا خلاف فيه ، وتقريب هذه المبادئ من أحكام القانون من اجتهاد القاضي وأضيف الى ذلك ان المادة تتكلم عن مصادر القانون فكيف يقيد الأخذ بالشريعة مع اطلاق الأخذ بالعرف .[1]

وعلق على هذا المبدأ بأن المادة تتكلم عن مبادئ الشريعة الاسلامية أي كلياتها وهي ليست محل خلاف بين الفقهاء ، وطلب ابقاء الفقرة على أصلها لاحتمال أن تتعارض مبادئ الشريعة الاسلامية مع القانون ، فلا يؤخذ منها في هذه الحالة الا ما كان أكثر ملاءمة للقانون .[2]

واعترض على هذا الرأي بأنه لن يحدث هذا التعارض لأنّ الشريعة الاسلامية لن تطبق الا حيث لا يوجد نص ، ولن يطبق منها الا المبادئ العامة دون الحلول التفصيلية .

وفي الأخير وافقت اللجنة على حذف عبارة الاكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون دون تقيد بمذهب معين من الفقرة الثانية ، لأنها تزيد .

2) أثر الشريعة الاسلامية في القانون المدني السوري :

كانت سوريا احدى الولايات العثمانية ، لذلك كانت تخضع لأحكام المجلة كغيرها من الولايات العثمانية ، ومع أن سوريا ولبنان كانتا في عهد الانتداب تؤلفان وحدة تشريعية[3]

---

1) مجموعة الأعمال التحضيرية / ص 191 ، 192
2) د . عبد الرزاق السنهوري / صاحب الاقتراح .
3) د . عبد السلام الترمانيني / نظرية الظروف الطارئة / ص 110

في القوانين الاساسية الكبرى ، كقوانين التشريع العقاري ، والجمارك ، الا أن لبنان اتجه وحده الى ابدال المجلة بقانون حديث للموجبات والعقود .

أما في سوريا فقد كان هناك شبه اتفاق على أن المجلة أصبحت غير صالحة للتطبيق ولا بد من استبدالها بقانون جديد يحل محلها ، الا أن الاجماع لم ينعقد على مصادر هذا القانون ، اذ اختلفت بشأنها الآراء .

فذهب رأي الى اقتباس القانون المدني اللبناني (1) ، الا أن هذا الرأي وجد معارضة لأن هذا القانون مستمد من مصادر غربية عن الفقه الاسلامي .

وذهب رأي الى وضع قانون مدني يستمد أحكامه من الفقه الاسلامي (2) ، وبذلت محاولات في هذا الصدد ، الا أنها لم تحقق النتائج المرجوة منها ، لأن مثل هذا العمل لم يكن ميسورا ، اذ يحتاج الى ابحاث ودراسات ، وهذه تحتاج الى وقت طويل .

عندئذ اقترح اخذ قسم الالتزامات والعقود من القانون المدني المصري الجديد على أن يضم اليه التشريع العقاري النافذ في سوريا منذ سنة 1930 فيؤلفان القانون المدني السوري ، لأن مصر بلد اسلامي نص دستورها على ان الاسلام دين الدولة ، وقد اتخذ قانونها المدني الجديد مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا للحق (للقانون) واقتبس منها كثيرا من القواعد والأحكام .

وكانت هذه الحجج كفيلة في نظر المؤيدين لهذا الاقتراح للتخفيف من حدة معارضتها من قبل المخالفين لها ، ولكنها فيما يبدو لم يلق قبولا (3) ولم يقتنع به الا أصحابه ولكن كتب له النجاح ، وتم وضع القانون المدني بناء عليه ، اذ تولى صاحب الاقتراح نفسه

---

1) د . عبد السلام الترمانيني/ المرجع السابق / ص 110

2) د . عبد السلام الترمانيني/ المرجع السابق/ مصطفى أحمد الزرقاء/ المدخل الفقهي العام/ ص3

3) من هؤلاء د . مصطفى الزرقاء الذي اتهم الاستاذ أسعد الكوراني بأنه اقنع زعيم الانقلاب بوضع قانون مدني اجنبي بدلا من التشريع الاسلامي وفقهه ، ووجد أن القانون المدني المصري الجديد يحقق هذا الغرض لانه اجنبي اوربي المصادر ، فاصدروه بين عشية وضحاها المدخل الفقهي العام / ص 4

وزارة العدل بعد الانقلاب العسكري الاول سنة 1949 بقيادة حسني الزعيم ، الذي تولى السلطتين التشريعية والتنفيذية ، وعهد بالوزارة المذكورة الى الاستاذ أسعد الكوراني فتألفت لجنة برئاسته ووضعت ثلاثة قوانين منها ، القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم 84 المؤرخ في 18 مايو 1949 على أن يطبق ابتداء من 15 جوان - يونيو 1949 ، والذي يحتوي على الف ومئة وثلاثين مادة ، وقد اشترك في تهيئة مشروعه الدكتور عبد الرزاق السنهوري (1) .

3) أثر الشريعة الاسلامية في القانون المدني العراقي .

ألفت الحكومة العراقية في سنة 1936 (2) لجنة من رجال القانون لوضع مشروع قانون مدني جديد على أساس نصوص الفقه الاسلامي مع ادخال ماتقتضيه ظروف التطور من اقتباس عن القوانين الحديثة ، وقد كلفت اللجنة الدكتور السنهوري الذي كان عضوا فيها بتحضير المشروع ، وقام هذا الاخير وكان آنذاك عميدا لكلية الحقوق في بغداد ، فوضع مشروعا تمهيديا لاحكام عقد البيع ثم توقفت اللجنة عن عملها .

وفي سنة 1943 تألفت لجنة جديدة لهذا الغرض برئاسة الدكتور السنهوري فانجزت مشروع القانون بعد ثلاثة أعوام (3) ، وقامت لجنة المراجعة برئاسته كذلك بمراجعة القانون ثم عرض على مجلس الامة فوافق عليه ، وبتاريخ 4 يونيو 1951 صدر القانون المدني الجديد ونصت المادة 1382 منه على أن يطبق بعد مرور سنتين من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية ثم نشر في 8 يوليو 1951 ، وهكذا أصبح نافذا في 9 سبتمبر 1953 ، وكان الغرض من هذا القانون كما جاء في أسبابه (4) تدوين نظرية عامة للالتزام ، التمهيد للقانون المدني العربي .

وقد استقى أحكامه بوجه عام من الفقه الاسلامي ، دون التقيد بمذهب معين

---

1) صبحي محمصاني / الاوضاع التشريعية في البلاد العربية ماضيها وحاضرها / ط3/ 1965 دار العلم للملايين/ ص 325

2) كامل السمرائي / سكرتير لجان المشروع الذي أشرف على طبع القانون المدني العراقي/ ص2 وصبحي محمصاني / المرجع السابق/ ص275/ د .عبد السلام الترمانيني/ المرجع السابق/ ص111

3) صبحي محمصاني/ المرجع السابق/ ص 111 .

4) يبدو أن فكرة القانون المدني العربي لم يصرف عنها النظر في العراق وانما هناك عمل على تحقيقها فقد اختار الاستاذ محمد شفيق العاني هذا الموضوع لمحاضرته في معهد الدراسات العربية العالية ونشرها في سنة 1965 تحت عنوان الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد في البلاد العربية

واعتمد بصفة أساسية على مجلة الأحكام العدلية ، وكتاب مرشد الحيران ، ومن القوانين الحديثة خاصة مشروع القانون المدني المصري .(1)

وقد اتفق مع التشريعات العربية الاخرى في أنه جعل الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا الى جانب التشريع والعرف ، ولكنه خالفها بعض الشئ اذ قيد الرجوع اليها بعدم التقيد بمذهب معين ، وعدم تعارض ما يؤخذ منها مع القانون المدني برمته ،(2) كما انه اعتبر الفقه والقضاء مصادر رسمية ليستأنس بها .

---

(1) من ذلك مثلا ان القانون العراقي نقل المادة الاولى منه كما جاءت في مشروع القانون المدني المصري كما هي دون أن يدخل عليها أي تعديل كما حدث في سوريا مثلا .

يعتبر القانون المدني العراقي القانون الوحيد الذي اتجهت النية منذ البداية الى وضعه على أساس نصوص الفقه الاسلامي ، وقد استمد فعلا الكثير من احكامه من هذا الفقه ، كالمادة 4، 5 ، 6 ، 8 ، 81 ، 134 ، 136 ، 186 ،.. .الخ . كما استعمل مصطلحاته ، ولكنه لم يلتزم به الى أبعد حد ، بحيث لا يرجع الى القوانين الحديثة الاعندما تستدعي الضرورة ذلك ، وكان هذا ممكنا في القانون المدني ، لإن الفقه الاسلامي غني جدا بالفروع التي تفي بالحاجة في هذا المجال ، لكن يبدو ان رغبة الاعضاء في الانتهاء من وضع المشروع في أقرب أجل أثر في عملهم وحال دون رجوعهم الى مختلف كتب الفقه في المذاهب المختلفة لتقصي الاحكام والرغبة في نقل بعض ماجاء في مشروع القانون المدني المصري ، أثر في هذا القانون فأخلت نوعا ما بتناسقه من وجهة نظرنا سواء من الناحية اللغوية ، المصطلحات التي استعملها والاحكام التي اشتمل عليها كالمادتين 186 ، 187 مثلا . فالمادة الاولى تتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي ، بتقيد فيها واضع التشريع بالفقه الاسلامي الذي يقوم على الاعتبار الموضوعي ، ومن ثم لا يشترط توافر عنصر الخطأ لقيام هذه المسؤولية . وانما يكتفي بالضرر فقط ، فقد نصت المادة على (اذا أتلف أحد مال غيره أو أنقص قيمته مباشرة أو تسببا يكون ضامنا ان كان في احداثه هذا الضرر قد تعمد أو تعدي ..) فالنص قصر الضمان على من تعمد أو تعدى . مما يعني ان المسؤولية شخصية يدل على هذا أيضا المادة 187 التي نصت على مسؤولية الصبي المميز وغير المميز ومن في حكمهما ، مع انه كان في غنى عنها بالمادة 186 ولا نجد لها مبررا الا في النقل من القانون المصري ، اذا كانت مسؤولية عديم التمييز لها ما يبررها في القانون المدني المصري القائم على أساس غير الاساس الذي أقيم القانون العراقي ، واذا كانت في الاول تحقق عدالة أكثر حيث تمكن المضرور من الحصول على التعويض عندما تكون حالته تستدعي ذلك بالنظر الى حالة محدث الضرر ومن ثم تعتبر فتحا جديدا سجله القانون المصري عندما نقلها عن القانون المدني السويسري والالماني ، فانها في ظل القانون العراقي ليست كذلك فهي مقررة من قبل في الفقه الاسلامي الذي حرص ويحرص على تحقيق العدالة ، فهو الفقه الذي يسأل الغير في بعض الحالات ليضمن حصول المضرور على التعويض ، كفرضه الدية على العاقلة ، الا يدل هذا على الرغبة في تحقيق العدالة والحرص على الحقوق بالموازنة بين مراكز طرفي الرابطة .

(2) يعتبر عدم التقيد بمذهب معين في العراق الذي تتعدد فيه المذاهب ، حيث يكثر عدد أتباع المذهب الجعفري ، وأتباع مذاهب السنة الاربعة ، حيث يقام للاختلاف المذهبي وزنا يدل على مدى حصافة واضع التشريع وبعد نظره ، الا أن تقييد الرجوع الى مبادئ الشريعة الاسلامية يشترط عدم مخالفة هذه المبادئ لنصوص القانون ، أفرغ النص من محتواه ، وأنقص كثير من قيمة هذا المصدر ، عن طريق تحكم القاضي في اعتبار حكم ما من أحكام الشريعة الاسلامية مخالف أو غير مخالف لنصوص القانون .

4) أثر الشريعة الاسلامية في القانون المدني الجزائري :

بزغ فجر الاستقلال والجزائر محكومة بنظام قانوني متنافر في مصادره وفي طبيعته اذ يوجد الى جانب القانون الفرنسي الذي يطبق في الجزائر أيضا ، بعض القوانين التي تنفذ في الجزائر فقط ، بعضها مستمد من الدين الاسلامي وبعضها عبارة عن تقنين لبعض الاعراف والعادات المحلية ، ولم يكن من الممكن الغاء جميع هذه القوانين بجرة قلم لأن ذلك سيخلق فراغا قانونيا لم تكن البلاد مستعدة لملئه بالسرعة اللازمة سواء بوضع قوانين جديدة أو بالرجوع الى الشريعة الاسلامية .

تلافيا لهذا الفراغ (1) ، صدر منشور بتحديد سريان القوانين النافذة لغاية 31/ 12/ 1962 ، وقد مد هذا الأجل فيما بعد بالقانون رقم 157ـ 62 الذي ألغى النصوص والأحكام التي تمس بالسيادة الداخلية والخارجية للدولة الجزائرية ، أو المستوحاة من الاستعمار أو التمييزية وكل النصوص والأحكام التي تضيق الممارسة الطبيعية للحريات الديمقراطية / م 2/ .

بمقتضى هذا القانون استمر القانون المدني الفرنسي مطبقا في الجزائر الى يوم 5/ 7/ 1975 تاريخ صدور القانون المدني الجزائري ، الذي سبقته بعض القوانين التي لها علاقة به كقانون الثورة الزراعية الذي صدر في 1971.

مراحل وضع القانون المدني :

انشئت بوزارة العدل في سنة 1963 مديرية التشريع والوثائق ، وكانت صلاحية هذه المديرية تحرير النصوص التي تعتمدها وزارة العدل بمبادرة منها أو بالاتصال مع وزارات أخرى ، الى جانب صلاحيات أخرى .

بعد انشاء هذه المديرية قامت بتشكيل عدة لجان لاعداد مشاريع القوانين المختلفة كان من بين هذه اللجان (2) لجنة العقود والالتزامات والحقوق العينية ، وشكلت هذه اللجنة

---

1) ثمن استاذنا مجد الدين دويدار هذا الموقف ووصفه بأنه حكيما خلافا لموقف المشرع الثوري الفرنسي في 1789 الذي محى النظام القديم بامتياراته ولم يستطع احلال الجديد محله فعانى كثيرا من هذا الفراغ ويمكن في هذا السياق ذكر موقف لينين اذ أسرع الى الغاء النيابة العامة باعتبارها نظاما بورجوازيا ، ولكن السوفيات اضطروا الى اعادتها من جديد وتوسيع صلاحياتها .

2) مجد الدين دويدار / المرجع السابق .

من قضاة ومحامين وأساتذة للحقوق وممثلين عن الهيئات الوطنية المعنية ، وقد استشير بعض رجال القانون الاجانب ، وانقسمت هذه اللجنة الى أربعة لجان فرعية ، قصد وضع قانون مدني جديد ، الا أن هذه المحاولة لم تثمر بسبب عدم تمكن اللجنة الفرعية للاموال من انجاز ماكلفت به ، لانها لم تتلق التوجيهات اللازمة حول مستقبل حق الملكية ، لان الموقف من هذه المسألة لم يحدد بعد .

في سنة 1973 انشئت لجنة وطنية للتشريع بالمرسوم رقم 147- 1973 وشكلت هذه اللجنة من 19 عضوا برئاسة رئيس الدولة وعضوية وزير العدل الذي ينوب عن الرئيس في رئاسة اللجنة ، اضافة الى مدراء الدراسات القانونية في رئاسة الوزراء ، وممثل عن كل وزارة ، وسكرتير عام ونائب عام . والرئيس الاول للمجلس الاعلى والنائب العام لدى المجلس وأربع قضاة من المجلس الاعلى ، وأساتذة حقوق ومحامين لهم 10 سنوات في مزاولة المهنة ، ومدير التشريع والوثائق في وزارة العدل .

وكان من صلاحيات اللجنة الوطنية تفويض كل منظمة أو هيئة مختصة للقيام بالدراسات والبحوث التمهيدية بالنسبة للقانون المدني ، أخذت اللجنة الوطنية بدراسات لجنة فرعية خولت اعداد مشروع تمهيدي للقانون المدني ، وقد أعطيت لهذه اللجنة توجيهات لاعداد تقنين يقوم على الاسس الاقتصادية والاجتماعية للبلاد مع اعتبار واسع للشريعة الاسلامية .(1)

في ظل هذه التوجيهات وبيان الخطوط العامة للملكية العقارية وجدت اللجنة نفسها ملزمة بسلوك احدى الطريقتين لوضع هذا القانون ، أما وضع قانون مدني تقليدي يساير أوضاع الجزائر ، أو وضع تقنين يرتكز على الاعتبارات الاشتراكية ويعبر عن أسس جديدة والبحث عن صيغ جديدة كذلك .

وسلكت اللجنة الطريقة الاولى وبررت هذا الاتجاه بعدة حجج .

---

1) مجد الدين دويدر/ المرجع السابق/

1) في كل البلاد الحديثة تقريبا بما فيها البلاد الاشتراكية ، تشكل نظرية الالتزامات الكلاسيكية ومفهوم سلطات الادارة أساسا مهما للتقنين .

2) ان المفهوم الكلاسيكي للعقد ضروري لاعطاء الطلبة التكوين القانوني اللازم لانه من خلال معطيات هذا المفهوم يستطيع كل قانوني أن يكتسب الفن القانوني الضروري .

3) يبقى القانون المدني الأساس الأول لكل تكوين حقيقي ، وقد عرف في نفس الوقت بأنه علم وفن ، هذان المفهومان الثابتان نجدهما في كل التقنين الحديث .

وبعد ما أتمت اللجنة عملها ، أي وضع المشروع قامت اللجنة الوطنية بدراسته واقراره وصدر في 5/ 7/ 1984 .

أما المصادر التي استقى منها هذا القانون احكامه فقد اعتمد على عدة مصادر (1) كالتشريعات الجزائرية النافذة .

- قانون التسيير الذاتي

- قانون التسيير الاشتراكي للمؤسسات .

- قانون الحالةالمدنية .

- ومن القوانين الأجنبية ، خاصة القانون المدني الفرنسي .

- والقانون المدني المصري الذي تأثر به كثيرا لانه الأحدث ، ولخلوه من العيوب التي ظهرت في القانون الفرنسي ، من جراء تطبيقه لمدة تزيد عن قرن ونصف من الزمن ، هذا بالنسبة للقانون في مجمله .

أما بالنسبة للشريعة الاسلامية فقد تأثر بالقانونين المصري والسوري ، فقد نقل المادة الأولى كما هي عن التشريع السوري في نزعته الموضوعية وفي بعض النظريات العامة كنظرية التعسف ، ونظرية الظروف الطارئة الى جانب بعض الأحكام المختلفة المتفرقة هنا وهناك بين أبوابه ، ولم يأت بجديد ينفرد به دون القانونيين سوى ابطال الفوائد بين

1) مجد الدين دويدار / المرجع السابق /
د . وحيد الدين سوار / المرجع السابق/

الافـراد .(1)

مما تقدم نستخلص ان هناك اهتماما بالشريعة الاسلامية واعترافا بأهميتها مكانتها الا أن عودتها الى ماكانت عليه من قبل كمصدر أصلي للقانون لم يشرع فيه الى حد الآن، وماورد في القوانين المدنية العربية باستثناء القانون العراقي ليس من هذا القبيل ، لأن الدافع اليه هو الرغبة في مسايرة التطور وملاحقة التيارات المعاصرة ، بوضع قانون متكامل الى أبعد الحدود بصرف النظر عن المصادر التي يقتبس منها أحكامه ، سواء كان الشريعة الاسلامية أو أي قانـــون آخر يحقق هذا الغرض، فدور الشريعة الاسلامية في هذا المضمار لا يختلف عن دور القانون المدني الالماني أو السويسري وغيرهما من القوانين المدنية ، (2) واذا قيس ما أخذ من الشريعة بما أخذ من هذه القوانين ، فان حظ الشريعة الاسلامية يصبح ضئيلا لا يتعدى بعض الفروع القليلة .

ومن هنا لا يمكن الغلو في القول بأن الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر القانـــون المدني ، (3) لأن الكثير مما ينسب للشريعة الاسلامية ، هنا بعضه مستمد من القوانين الأجنبيـــة

---

1) ثار نقاش في اللجنة الفرعية حول هذه النقطة فذهب بعض الاعضاء الى تقرير الفوائد ولكن ممثل وزارة التعليم الاصلي اعترض على الفائدة الربوية ، واقترح ممثل المحامين نصين ، ويترك الاختيار للهيئات العليا التي لها سلطة التقرير أحدهما يأخذ بالفائدة والاخر بدونها ، وصدر القانون خلوا من النص على الفائدة في العلاقات بين الافراد وأبقاها بينهم وبين المؤسسات العامـــة وقبل في ابقاء الفوائد بين الافراد والمؤسسات ، ان هذا كان بناء على فتوى صدرت في هـــذا تبيح للمؤسسات المالية تقاضي الفوائد ، وان هذا لا يعتبر ربا ، وحتى ولو لم يستند واضـــع التشريع الى هذه الفتوى الغير مؤكدة ، فان موقفه هنا يعتبر تقنينا لما كان القضاء يســـير عليه قبل صدور القانون المدني من ابطاله العمل بالنصوص التي تبيح الفوائد ، أما بالنسبة لتقريرها فيما بين الافراد والمؤسسات ، فاغلب الظن إنه قررها للتشجيع على الادخار والتوفـــير والمشاركة في عملية التنمية ، ونعتقد أن هذا ما يجب أن يعول عليه .

2) بين المرحوم عبد الرزاق السنهوري في بحثه وجوب تنقيح القانون المدني المشار اليه العناصر التي يستمد منها التقنين بقوله (. . . ان يكون التقنين مستمدا من عناصر ثلاثة ، تجاربنـــا تجارب غيرنا من الامم ، تقاليدنا الماضية في القانون ، فتستهدي اللجنة التي يوكل اليهـــا أمر التنقيح أولا بالقضاء المصري في مدى نصف قرن فهو المرشد العملي للمشرع ، ثانيـــا التقنينات الحديثة وما يمكن أن يستخلص من دروسها النافعة ، ثالثا بالشريعة الاسلاميـــة مجلة القانون والإقتصاد / العدد 1/ يناير 1936 / ص 77 .

3) اختلف الفقه بشأن مصدر نظرية الظروف الطارئة وحوالة الدين ، ومسؤولية عديم التمييز ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، والنزعة الموضوعية .
فقد ذهب واضع التشريع المصري الى أن هذه النظريات مستمدة من الشريعة الاسلاميـــة في حين ذهب رأي آخر الى أن مصدر هذه النظريات هو التشريعات الجرمانية ، لا الفقـــه الاسلامي ، وذهب رأي ثالث الى أن هذه النظريات استمدت من القوانين الجرمانية ولكـــن لها سند في الفقه الاسلامي ، وهذا هو الرأي الذي يعول عليه .

ولكنه يقترب منها لتشابه الأسس التي يقوم عليها ، كل منهما ، نقيام الشريعة الاسلامية والقوانين الجرمانية على النزعة الموضوعية دون الشخصية ، والذي جاء عن طريق الصدفة لانعقوا عليه ، وننسب لواضع التشريع مالم يقصد اليه ومالم يقم به ، فهو وان كان يحيل الى الشريعة ويجلها بالقدر اللازم ، الا أنه متشبع للتقنين الوضعي المتعدد المصادر ، ومما يد ور في فلكه من فقه وقضاء هذا التشبع جعله يضع الشريعة الاسلامية في المرتبة الثانية وأحيانا أخرى في المرتبة الثالثة بعد التشريع والعرف ، بين المصادر الرسمية للقانون، ويقيد الرجوع اليها بعدم مخالفة مايؤخذ منها لأحكام القانون وفتحه الباب على مصراعيه أمام الفقه والقضاء سواء كان وطنيا أو أجنبيا ، دون قيد في بعض الأحيان وتقييد ه بتشابه النظام الذي يسترشد بفقهه وقضائه للنظام القانوني السائد في بلد القاضي ، في حين يلزم القاضي عند رجوعه الى الشريعة الاسلامية بأن يأخذ بالمبادئ العامة المتفق عليها بين جميع المذاهب ، وعدم الرجوع الى الجزئيات ، مع علمه بصعوبة ذلك ، هذا بالنسبة للقانون المدني الجزائري والسوري والمصري ، أما القانون العراقي ، فانه القانون الوحيد المستمد من نصوص الفقه الاسلامي ، وهو الذي يحق القول بأن الشريعة الاسلامية الغراء هي المصدر الاساسي الذي اقتبس منها أحكامه .

قد يبدو في هذا البحث اني أوليت عناية خاصة بالقانون المدني المصري على حساب بقية القوانين العربية ، وخاصة القانون المدني الجزائري ، والسبب في ذلك ان القانون المصري يعتبر المصدر التاريخي للمادة الاولى مدني بالذات ، علاوة على أن العناية التي بذلت في وضعه ، اذ نشرت مجموعة أعماله التحضيرية ، ومذكرته التفسيرية ، وان القوانين العربية أخذت عنه ، اذا لم يكن ذلك بالنقل فبواسطة الاستعانة بواضعيه ، ولان هذه المادة تتعلق بالشريعة الاسلامية ، وهي شريعة الجميع ، وهي التي جعلتني أذكر حتى أسماء الفقهاء الذين وضعوها حتى نكون على بينة عندما نحتاج الى ترجيح رأي من الاراء التي قيلت في تفسير هذه المادة .

أما موقف المشرع الجزائري ، فليس فيه ما يميزه عن المشرع المصري ، فقد حاكاه وأخذ بما انتهى اليه .

الفصل الثاني

مفهوم الشريعة الاسلامية

الشريعة الاسلامية مرادفة للدين الاسلامي الحنيف ، بجميع جوانبه الدينية والمدنية ، عقيدة أخلاق ، تشريع ، هذا هو المعنى الحقيقي للشريعة ، والشعب التي تتفرع عنها وتنظمها ويطلق على كل واحد منها اسم خاص بها دال عليها بدقة ، مايتعلق بالعقيدة والبحث فيها يطلق عليه أصول الدين ، أو علم الكلام ، والأخلاق يطلق عليها نفس الاسم ، والتشريع يطلق عليه الفقه ، وهو جامع للأحكام التي تحكم علاقة المسلم بربه ، وعلاقته بغيره من الافراد ، والجماعة الاسلامية بغيرها من الجماعات الانسانية في السلم والحرب ، لكن واضع التشريع نص في المادة الأولى مدني جزائري على مبادئ الشريعة ، مما يوحي أنه قصد تطبيق جميع أحكامها ، كعقيدة وشريعة ، في حين أنه لايقصد الا الجانب التشريعي ــ القانوني ــ لأن القانون بصفة عامة لاعلاقة له بالعقيدة اطلاقا ولاتعتبر من مجالاته ، وحتى الجانب التشريعي فيها لايدخل في مجال القانون ، فهو يقتصر على العلاقات بين الافراد كأفراد فقط ، أي العلاقات الاجتماعية منظورا اليها من أساس معين ، هو مايراه واضع القانون ، ورغم هذا فقط نص على الشريعة رغم مابين هذه المعاني من فروق .

وعدم الدقة في استعمال المصطلحات هنا يتسامح فيه أهل الاختصاص ولا يتوقفون عنده كثيرا وهذا لايثير اشكالا ، فالمهم هنا هو الاحالة اليها وما المقصود منها ، أحال على الشريعة كنظام قانوني له خصائصه التي يتميز بها والمتمثلة في الجهة المختصة بالالزام بأحكامه ، والملتزم بهذه الأحكام والأسس التي بنيت عليها ، والغاية من هذا الالتزام . هذه الجوانب المختلفة ينبغي معرفتها لتحديد ماقصده بالاحالة على الشريعة ، هل قصد بذلك المثل العليا فقط ، أم قصد اقتباس أحكام هذا النظام وتطبيقها .

لذا رأينا التعرض لمفهوم الشريعة كنظام قانوني ، وبيان أهم خصائصها مما تشترك فيه كل الأنظمة القانونية ، في عدة مباحث . على الا نتعرض لما ينفرد به التشريع الاسلامي وحده ، كأقسام الحكم الشرعي مثلا ــ الحكم التكليفي ــ والحكم الوضعي ، فلا نتناوله .

المبحث الأول

الشريعة والفقه

الفرع الأول : تعريف الشريعة الاسلامية .

تعني الشريعة في اللغة مشرعة الماء ، وهي مورد الشاربة التي يشرعها الناس فيشربون منها ويستقون ، ولا تشمل كل مورد ، وانما تعني على وجه التحديد المورد الذي يكون عدا لا لانقطاع له ، ويكون ظاهرا معينا لا يسقي منه بالرشاء ، وتعني كذلك الطريقة المستقمة[1] ، وبهذا المعنى ورد قوله تعالى (ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولا تتبع أهواء الذين لا يعلمون)[2] وكذلك قوله تعالى (لكل جعلنا لكم شرعة ومنهاجا)[3] .

وتعني في الاصلاح ماشرعه الله سبحانه وتعالى لعباده من الأحكام[4] التي جاء بها نبي من الأنبياء ، وقد ورد بهذا المعنى قوله تعالى (شرح لكم من الدين ماوصى به نوحا والذي أوحينا اليك)[5] ، وتسمى كذلك ملة[6] لأنها تملي على الناس وتكتب ، وهي تضاف الى النبي لأنه هو الذي أملاها ، وتسمى دينا لأنه سبحانه وتعالى يدين بها يوم القيامة .

والشرائع السماوية ليست واحدة ، وانما هي متعددة[7] (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا) فلكل أمة من الأمم التي سبقتنا شريعة وجب عليها اقامة أحكامها ومنهاجا فرض عليها سلوكه وهذا الاختلاف في الشرائع ، قصد به كما قيل اختيار كل أمة في مدى طاعتها لله (لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ، ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة لكن ليبلوكم فيما آتاكم)[8] .

---

1) لسان العرب/ لابن منظور/ جـ 10 / ص 40 .
2) سورة الجاثية / الاية 18 . (قيل في تفسير الايتان ان الشريعة الفرائض والحدود والأمر
3) سورة المائدة / الاية 48 . (والنهي فاتبعها/ تفسير الطبري / جـ 25/ ص 147 .
4) دائرة المعارف للبستاني / جـ 10 / ص 435/ دائرة المعارف الاسلامية/ جـ3 /1 ص 242 موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي/ جـ1/ ص 12/ الأستاذ مصطفى شلبي / المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي / ط 2 / 1969/ بيروت / ص 27 .
5) سورة الشورى/ الاية 13 .
6) دائرة المعارف للبستاني / جـ 1/ ص236/ دائرة معارف القرن العشرين/ فريد وجدي/ جـ 4 ص106/ محمد الحسيني [illegible] الاسلامي/ ط2/ 1974/ ص [illegible]/ تفسير الطبري/ جـ6/ ص269
7) الطبري / المرجع السابق/ ص269/ تفسير القرطبي/ جـ3/ ص2208/ تفسير المراغي/ جـ6/ ص130 تفسير المنار/ رشيد رضا/ مكتبة القاهرة/ بدون تاريخ/ جـ6/ ص13، 14/ الكشاف للخوارزمي دار الفكر للطباعة والنشر/ بيروت 1977/ جـ1/ ص 618 .
8) سورة المائدة/ الاية 48 / ذهب القرطبي في تفسير هذه الآية الى أنه لاخلاف ان الله =

الاسلامية : نسبة الى الاسلام ، والاسلام لغة ، مصدر أسلم ويعني الامتثال والطاعة (1) ويستعمل في الاصطلاح الشرعي بمعنى الخضوع والانقياد لأمر الله والتسليم له والرضى بأحكامه (2). وقد ورد هذا المعنى في قوله تعالى (اذ قال له ربه اسلم قال اسلمت لرب العالمين) (3) و (وأنيبوا الى ربكم وأسلموا له) (4) و (ربنا واجعلنا مسلمين لك ومن ذريتنا أمة مسلمة لك) (5) .

كما استعمل في عقدة التوحيد المشتركة بين الديانات السماوية كلها ، ولذلك صح وصف الانبياء والرسل السابقين بأنهم مسلمون ، مصداقا لقوله تعالى (ماكان ابراهيم يهود يا ولا نصرانيا ولكن كان حنيفا مسلما) (6) وقوله تعالى (فلما أحس عيسى منهم الكفر قال من أنصاري الى الله قال الحواريون نحن أنصار الله آمنا بالله وأشهد بأنّا مسلمون) (7) .

واشتهر استعماله بمعنى الدين التي بعث الله به محمدا صلى الله عليه وسلم ، من قوله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا) (8) وقوله تعالى (ومن يبتغ غير الاسلام دينا فلن يقبل منه) (9) وقوله (ان الدين عند الله الاسلام) (10) وقوله (فمن يرد الله أن يهديه يشرح صدره للإسلام) (11) ، فالاسلام في هذه المعاني مرادف للشريعة الاسلامية .

الدين : يطلق على عدة معاني منها الطاعة والانقياد (12) ، والطاعة والخضوع والجزاء (13) والمكافأة والحساب ، وقيل بأنه الايمان بقوة سائدة تحكم الأرض (14) وعن عبادة تلك القوى وغير ذلك ، وقد

= تعالى لم يغاير بين الشرائع في التوحيد والمكارم والمصالح وانما خالف بينهما في الفروع ، وذهب المراغي الى أن الدين واحد في أصله وهو توحيد الله أما الشرائع العملية فتختلف باختلاف أحوال الاجتماع وطبائع البشر واستعداداتهم .

1) دائرة المعارف / جـ 3 / ص 605 .
2) مصطفى شلبي / المرجع السابق / ص 28 .
محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / الطبعة الرابعة 1969 / دار النهضة العربية القاهرة / ص 10 / هامش 1 .
3) سورة البقرة / الآية 131 . 4) سورة الزمر / الآية 54 . 5) سورة البقرة / الآية 128
6) 7) سورة آل عمران / الآيتان 67 ، 52 .
8) سورة المائدة / الآية 3 . 9) سورة آل عمران / الآية 85 . 10) سورة آل عمران / الآية 19
11) سورة الانعام / الآية 125 .
12) دائرة معارف القرن العشرين / جـ 4 / ص 106 .
13) مصطفى شلبي / المرجع السابق / ص 29 .
14) بطرس البستاني / المرجع السابق / جـ 8 / ص 236 .

أما العالم المجدد الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء فالشريعة الاسلامية عنده (هي مجموعة الأوامر والأحكام الاعتقادية والعملية التي يوجب الاسلام تطبيقها لتحقيق أهدافه الاصلاحية في المجتمع)(1) ، ونفس المعنى أخذ به جماعة من أساتذة الفقه الاسلامي في الجامعات العربية الذين عرفوا الشريعة بأنها (الأحكام التي سنها الله للناس جميعا على لسان الرسول صلى الله عليه وسلم مما يتعلق بالعقائد والوجدانيات وأفعال المكلفين)(2).

بناء على التعاريف السابقة فان الشريعة الاسلامية ، تتناول مايتعلق بالعقيدة ومايتعلق بالأخلاق ، وما يتعلق بمعاملات الناس .

فالعقائد وهي مايتعلق بتوحيد الله ، وبيان الصحيح والفاسد من العقائد (وماأرسلنا من قبلك من رسول الا نوحي اليه أنه لااله الا أنا فاعبدون)(3) والايمان بالكتب والملائكة ... الخ ويقول كذلك (آمن الرسول بما أنزل اليه من ربه والمؤمنون كل آمن بالله وملائكته وكتبه ورسله لانفرق بين أحد من رسله)(4) .

مجموع هذه المسائل تسمى الأحكام الاعتقادية ، وموضوع دراستها علم الكلام ، وهو العلم الذي يبحث في هذه الموضوعات ، قيل في تسميته بهذا عدة آراء .

فقد قيل سمي بعلم الكلام لكثرة ماجرى فيه من جدل بين أهل السنة والمعتزلة في صدر الدولة العباسية(5) .

وقيل ان الاحاطة بمسائله وقضاياه تورث قدرة على الكلام في الشرعيات(6) ، وقيل سمي بذلك (اما لما فيه من المناظرة على البدع ، وهو كلام صرف ، وليست براجعة الى عمل ، واما لأن

---

1) مصطفى أحمد الزرقاء/ المدخل الفقهي / ج1/ ص 30
2) محمد الحسيني حنفي/ المرجع السابق/ ص8 / حمد عبيد الكبيس/ المرجع السابق/ ص10/ مناع القطان / التشريع في الفقه الاسلامي / مكتبة وهبة / 1976/ ص 10/ محمد يوسف موسى المرجع السابق/ ص9/ والفقه الاسلامي / مدخل لدراسته / نظام المعاملات فيه/ ط3/ 1958 دار الكتاب العربي / ص7/ مصطفى شلبي/ المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه/ ط2 / 1969 / دار النهضة العربية/ بيروت / ص29 .
3) سورة الانبياء / الاية 25 .
4) سورة البقرة / الاية 285 .
5) محمد سلام مدكور / المرجع السابق / هامش 2 / ص 10 .
6) حمد عبيد الكبيسي/ المرجع السابق/ ص 20

سبب وضعه والخوض فيه هو تنازعهم في اثبات الكلام النفسي) [1] ، وسمي كذلك أصول الدين ، لكونه أصل العلوم الشرعية وأنها مبنية عليه [2] .

فهذه تسميات صحيحة لكن الاصح في نظرنا هي التسمية الاخيرة ، لان العقيدة هي الاصل وباقي الاحكام تعتبر فروعا ، ولان أول التكاليف الشرعية هو الاعتقاد والايمان ثم تأتي بعد ذلك التكاليف الاخرى ، الواجبات الشرعية أو الفقهية ، ولان التسليم بهذه التكاليف دون الايمان والاعتقاد لا يعتبر في نظر الشارع الحكيم (ليس البر أن تولوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ، ولكن البر من آمن بالله واليوم الاخر والملائكة والكتاب والنبيين) [3] ، ولان القرآن الكريم سار على هذا النهج ، فالمكي وهو الاسبق في النزول تناول العقيدة ، والمدني وهو اللاحق تناول الاحكام العملية .

الاخلاق : وتبحث فيما ينبغي أن يكون عليه الانسان من الصفات لتحقيق الفضيلة ونفي الرذيلة وسمي بعلم السلوك ، وعلم التصوف ، وقد عرفه التهانوي بأنه (معرفة النفس مالها وما عليها) [4] ، وموضوعه اخلاق النفس وعوارضها الذاتية ، وغرضه التقرب الى الله تعالى ، وايجاد المجتمع الانساني في الفاضل .

أما الامام أبو حامد الغزالي فسماه علم المعاملة [5] ، وقال هو علم أحوال القلب ، أما ما يحمد منها فكالصبر والشكر والرضا والزهد والتقوى والسخاء ، ومعرفة المنة لله تعالى في جميع الاحوال ، وأما ما يذم فكالغل والحقد ، والحسد ، والغش ، والكبر والرياء ، والعداوة والبغضاء والطمع والبخل ، والاشتغال بعيوب الناس ، فهذه وأمثالها من صفات القلب ، فغارس الفواحش ومنابت الاعمال المحظورة .

---

1) عبد الرحمن بن خلدون / المقدمة / ط 3 / 1967 / مكتبة المدرسة ودار الكتاب اللبناني بيروت / / جـ 1 / ص 821 ، 834 .
2) حمد عبيد الكبيس / المرجع السابق / ص 20
3) سورة البقرة / الاية 177 .
4) مشار اليه في حمد عبيد الكبسي / المرجع السابق / هامش 2 / ص 20
5) محمد الغزالي أبو حامد / احياء علوم الدين / الناشر دار المعرفة / بيروت / جـ 1 / ص 4 / أنظر تفصيل هذا في جـ 4 / والعقيدة والاخلاق في الاسلام / د . محمد بيصار / دار الكتاب اللبناني بيروت / ط 4 / 1973 / ص من 221 الى 301 .

وأضدادها وهي الأخلاق المحمودة منبع الطاعات والقرابات ، فالعلم بحدود هذه الأمور وحقائقها ، وأسبابها وثمراتها وعلاجها هو علم الآخرة ، وهو فرض عين في فتوى علماء الآخرة .

الأحكام العملية : وهي الأحكام التي تتعلق بأفعال العباد الحسية ، وهي التي تحكم أوجه النشاط الانساني المختلفة ، وليس هناك وجهة من أوجهه الا وله حكم اجمالي أو تفصيلي مصداقا لقوله تعالى (مافرطنا في الكتاب من شئ)(1) وقوله (ونزلنا عليك الكتاب تبيانا لكل شئ)(2) .

فالاسلام بعد هذب النفوس وهيأ العقول لتقبل التكاليف الشرعية ، بين المخاطب بأحكامه وأحكام تصرفات العباد الحلال والحرام ، وأحكام العبادات التي تقربون بها الى الله سبحانه وتعالى ، من طهارة وصلاة وصيام وزكاة وحج . . . الخ . وعلاقة العبد بغيره من العباد أفرادا وجماعات في السلم والحرب ، وموضوع هذه الأحكام علم الفقه .

وهناك تعريف آخر ، يقصر معنى الشريعة الاسلامية على الأحكام العملية فقط ، هذا الرأي أو التعريف للشيخ مصطفى المراغي رحمه الله الذي عرف الشريعة بأنها (الأحكام العملية التي تختلف باختلاف الرسل وينسخ اللاحق منها السابق)(3) .

فهو رحمة الله يقصر الشريعة على الأحكام العملية فقط ، وهذا ليس قصورا منه أو قلة فهم ، وانما هي وجهة نظر بناها على رأي من سبقه من المفسرين(4) ، وقد أورد الطبري

1) سورة الانعام / الآية 37 .
2) سورة النحل / الإية 89 . قيل في معنى هذه الآية عدة معاني منها : ان الله بين ماحرم وماحلل ، وقيل ما أمر به ومانهى عنه ، وقيل أنزل في هذا القرآن كل علم وكل شئ قد بين لنا في القرآن / الطبري / المرجع السابق / جـ14/ ص 162 ، وذهب الشاطبي في الموافقات جـ3/ ص 371 الى (التجربة وهو أنه لأحد من العلماء لجأ الى القرآن في مسألة الا وجد لها فيه أصلا واقرب الطرائف من أعواز المسائل النازلة أهل الظواهر الذين ينكرون القياس ولم يثبت عنهم انهم عجزوا عن الدليل في مسألة من المسائل ، وقال ابن حزم الظاهري ، كل أبواب الفقه ليس منها باب الا وله أصل في الكتاب والسنة نعلمه والحمد لله / حاشى القراض فما وجد ناله أصلا فيها البتة . . الى آخر ماقال ، وأنت تعلم أن القراض نوع من أنواع الاجارة في القرآن ثابت . . .) .
3) الشيخ مصطفى المراغي / تفسير المراغي / جـ6/ ص 130 .
4) أورد المراغي الصفحة المشار اليها آنفا (روى عن قتادة أنه قال في تفسيرها أي شرعة ومنهاجا أي سبيلا وسنة والسنن مختلفة للتوراة شريعة وللانجيل شريعة وللقرآن شريعة ، يحل فيها ما يشاء ويحرم مايشاء لكم يعلم من يطيعه ومن يعصيه ، ولكن الدين لا يقبل غيره هو التوحيد والاخلاص الذي جاءت به الرسل .

تفسيره رأي ذهب في تفسير الآية (18) من سورة الجاثية، الى أن الشريعة هي الفرائض[1] والحدود والأمر والنهي فاتبعها ، ونفس الرأي أورده القرطبي في تفسيره لنفس الآية[2]، وان كان ذهب في الأخير الا أن الله تعالى لم يغاير بين الشرائع في التوحيد والمكارم والمصالح ، وانما خالف بينها في الفروع .

هذا التعريف هو التعريف السائد في الوقت الحاضر خاصة في كليات الحقوق التي تدرس بعض نظريات الفقه الاسلامي ، اذ أطلق اسم الشريعة على الفقه ، وما يتصل به حتى لا يفهم الآن عندما تذكر الشريعة الاسلامية الا هذا المعنى وعلى أساسه سميت بعض الكليات والمعاهد التي خصصت لدراسة الفقه الاسلامي في بعض البلاد العربية والاسلامية ، ككلية الشريعة التي ظهرت الى الوجود بعد الاصلاح الذي ادخل على الأزهر في عهد الشيخ الأحمدي الظواهري ، وكلية الشريعة في دمشق التي انشئت سنة 1955 ، وأعتقد أن هذه التسمية سوف تطلق في جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية التي افتتحت سنة 1984 .

فنحن اذن أمام معنيين لمصطلح واحد احدهما موسع يقصد به الدين الاسلامي الحنيف ، بجميع أحكامه الاعتقادية والأخلاقية والعملية ، وهو الأصح من وجهة نظرنا ، لأن القرآن نفسه أطلق الشريعة على الدين الاسلامي ، وعلى الديانات الأخرى التي سبقت الاسلام . والمعنى الثاني يستخدم كمرادف للفقه ، فيراد من الشريعة في مفهومه الفقه ومدلوله ، وهذا الاستعمال المجازي ، وان كان سائغا في اللغة ، لأنه يدخل في باب ان يطلق العام ويراد الخاص الا أنه في المجال القانوني غير جائز ، منعا للبس والغموض من جهة ، ولأن واضع التشريع الجزائري عندما نص على الشريعة الاسلامية في المادة الأولى لم يقصد تطبيق كل الأحكام العملية وانما قصد تطبيق جزء ضئيل من أحكام الفقه الاسلامي ، هي أحكام المعاملات المالية ، أو الأحكام التي تحكم العلاقات بين الأفراد فقط ، دون بقية العلاقات ، ولهذا فان المقصود في المادة الأولى هو الفقه وليس الشريعة ، وهو ما سوف نتعرض له في الفرع الثاني .

---

1) الطبري / المرجع السابق / ج 25 / ص 147
2) تفسير القرطبي/ الناشر دار الشروق/ القاهرة / بدون تاريخ / سلسلة كتاب الشعب/ ج9/ ص 5983

الفرع الثاني : تعريف الفقــه .

تعريف الفقه جاء في لسان العرب ، فقه : الفقه العلم بالشئ والفهم له ، وغلب على علم الدين لسيادته وشرفه وفضله على سائر أنواع العلم ، كما غلب النجم على الثريا ... وقد جعله العرف خاصا بعلم الشريعة شرفها الله وتخصصا بعلم الفروع منها ، قال غيره والفقه في الاصل الفهم ، يقال أوتى فلان فقها في الدين أي فهما ، قال الله عز وجل : ليتفقهوا في الدين أي ليكونوا علماء به ، وفقهه الله) . (1)

وقيل الفقه (هو ادراك الاشياء الخفية ، فلذلك نقول فقهت كلامك ولا تقول فقهت السماء والارض) . (2)

وقد ورد هذا المعنى في القرآن الكريم بقوله تعالى (واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي) (3) ، أما في الاصطلاح ، فان تعريفه لم يستقر على حال ، اذ تعدد مفهومه وفقا للمراحل التاريخية التي مر بها الفقه الإسلامي أو التشريع الاسلامي ، وكذلك تعدد بتعدد العلوم علوم الشريعة ، اذ هناك تعريف خاص بالاصوليين (4) ، وتعريف خاص بالفقهاء أنفسهم .

---

1) لسان العرب / ابن منظور / جـ 17 .
2) موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي / ص9/ تاج العروس / محمد مرتضي الزبيدي/ جـ9/ ص208 .
3) سوة طه / الآية 28 .
4) يقصد بالاصوليين هنا المشتغلين بعلم أصول الفقه ، وهو العلم الذي يتناول المناهج التي تحد وتبين الطريق الذي يلتزمه الفقيه في استخراج الاحكام من أدلتها ، ويرتب الادلة من حيث قوتها ، فيقدم القرآن على السنة ، والسنة على القياس وسائر الادلة التي لا تقوم على النصوص مباشرة وهو علم نشأ بنشوء الفقه ، لانه كما قال المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة ـ حيث يكون فقه ، يكون حتما منهاجا للاستنباط ، وحيث كان المنهاج يكون حتما لا محالة أصول الفقه ، وأول من كتب فيه ـ هو الامام الشافعي رضي الله عنه ـ بترتيب أبوابه وجمع فصوله في كتابه الرسالة ، وهو مطبوع في عدة طبعات منها ، الطبعة التي حققها وشرحها أحمد محمد شاكر ، وهي طبعة لم يذكر فيها تاريخ النشر ولا الناشر ، وقد عدد أبو زهرة الاسباب التي جعلت الشافعي يتقدم غيره في التصنيف في هذا العلم ، وهي اطلاعه على فقه المدينة والعراق ، وفقه مكة ، ومعرفته الدقيقة للغة العربية واطلاعه على الحديث ، وبعد الشافعي أكثر المشتغلين بهذا العلم وانقسموا الى اتجاهين مختلفين ، اتجاه نظري لا يتأثر بفروع أي مذهب فهو يقرر المقاييس من غير تطبيقها على أي مذهب تأييدا أو نقضا وتسمى هذه الطريقة طريقة الشافعية ، باعتبار أن الشافعي هو أول من بين المناهج في دراسته دراسة نظرية مجردة ، وتسمى كذلك طريقة المتكلمين . واتجاه متأثر بالفروع وهو يتجه لخدمتها وإثبات سلامة الاجتهاد فيها ، بمعنى ان أصحاب المذهب يجتهدون له في أن يثبتوا سلامة الاحكام الفقهية التي انتهى اليها المتقدمون من مذهبهم ، والذين أكثروا من هذا الاتجاه هم الحنفية ، ولزيادة في الاطلاع راجع / أصول

الفقه في الصدر الأول :

عرف كلمة فقه معناها في الصدر الأول للاسلام ، وفي أيام الرسول ، اذ لم يكن لأحد حاجة الى اللجوء لمن يفهم أحكام الشريعة ، لأن الرسول صلى الله عليه وسلم كان بينهم وكان الوحي ينزل تباعا ، وفقا للحوادث المختلفة ، فان احتاجوا الى فتوى في أمر من الأمور استفتوه ، فيفتي لهم أو ينتظر الوحي ، وبعد ما لحق بالرفيق الأعلى ، وتوسعت رقعة الدولة الاسلامية ، وكثرت الحوادث وتجددت النوازل ، لم يكن للأحكام الشرعية علم خاص بها له مناهجه وأصوله ، التي يقوم عليها ، ولم تكن هناك فئة اشتغلت به ، بل كان الصحابة والتابعين يستفتون فيفتون أو يحجمون ، ولم يكن جميع الصحابة يقصدون للفتيا ، ولا كان الناس يقصدون كل صحابي[1] ، وانما كان هناك مجموعة من الصحابة هم الذين يتولون ذلك ، وكانوا يسمون بالقراء[2] وكان هؤلاء القراء هم الذين يستخرجون الأحكام من الكتاب والسنة والأدلة الأخرى أي الاجتهاد بالقياس ، ولم يكونوا يقتصرون على الأحكام العملية التي هي موضوع علم الفقه ، وانما كانوا يتناولون جميع أحكامه الاعتقادية والخلقية والعملية .

الفقه للشيخ محمد أبو زهرة / وأصول الفقه الاسلامي / د . محمد سلام مدكور . وهناك عدة مؤلفات مطبوعة في هذا العلم ، منها الموافقات في أصول الشريعة / للشاطبي / والاحكام في أصول الاحكام / لسيف الدين أبي الحسن علي بن علي بن محمد الآمدي ـ تحقيق ونشر صاحب دار الكتب العلمية / بيروت 1983 / وهو في أربعة أجزاء / والمستصفى لأبي حامد الغزالي ، والاحكام في أصول الاحكام لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم / تحقيق صاحب دار الآفاق الجديدة / بيروت / ط2 / 1983 . هذا بالنسبة للمؤلفات القديمة ، أما المؤلفات الجديدة منها كتاب للشيخ أبو زهرة ، وكتاب للدكتور سلام مدكور ، والشيخ علي الخفيف كتاب علم أصول الفقه / وللخضري كتاب أصول الفقه وغيرها مما سنذكره فيما بعد .

1) موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي / ص9 / محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص12 عبد الرحمن بن خلدون / المرجع السابق / ص799 ، وقد ذكر تسميتهم بذلك (. . . ان الصحابة لم يكونوا كلهم أهل فتيا ، ولا كان الدين يؤخذ عن جميعهم ، وانما كان ذلك مختصا بالحاملين للقرآن العارفين بناسخه ومنسوخه ومتشابهه ومحكمه وسائل دلالته بما تلقوه من النبي صلى الله عليه وسلم أو ممن سمعه منهم من عليتهم ، وكانوا يسمون لذلك القراء ، أي الذين يقرأون الكتاب ، لأن العرب كانوا أمة أمية ، فاختص من كان منهم قارئا للكتاب بهذا الاسم لغرابته يومئذ وبقي الامر كذلك صدر الاسلام ثم عظمت أمصار الاسلام وذهبت الأمية من العرب بممارسة الكتاب وتمكن الاستنباط ، وكمل الفقه وأصبح صناعة وعلما فبدلوا باسم الفقهاء والعلماء من القراء)

2) ابن خلدون / المرجع السابق / ص898 .

فمعنى الفقه آنذاك كان مرادفا لمعنى الشريعة[1] ، التي يفهم منها جميع الانـــواع ـ الاحكام ـ كما كان يطلق على الاحكام نفسها ، وقد استمر هذا الاستعمال زمنا طويلا نوعا ما فقد نقل عن الامام أبو حنيفة[2] رضي الله عنه ، ان الفقه[3] هو معرفة النفس مالها وماعليها ، كما أنـه سمي كتابه في العقائد (الفقه الاكبر) .

وبعد ما اتسعت الدولة الاسلامية ، وانتشر التعليم وازدهر الفكر وكثرت الحـوادث استقلت طائفة من العلماء بالفقه بمعناه الفني الدقيق في عصر الائمة أصحاب المذاهب الجماعية في بداية القرن الثاني للهجرة ، منذ ذلك التاريخ تغير استعمال كلمة فقه ، ونشأ اصطـلاح للاصوليين وآخر للفقهاء .

معنى الفقه عند الاصوليين :

ويسمى هذا المعنى بالمعنى الوصفي[4] ، لانهم اهتموا بالدرجة التي يجب أن يبلغها من يشتغل بالفقه ، ليحد علمه فقها ، ويحوز بالتالي هو على وصف فقيه تبعا لنوع أدلة الاحكام العملية التي يجب أن يلم بها ويفهمها فهما صحيحا والادلة تنقسم ـ كما هو معروف ـ الى :

1 ـ أدلة قطعية الثبوت والدلالة معا ، وهذا النوع لامجال للاجتهاد فيه ، وان كان محلا للنظر . سواء كان نصا في الكتاب أوالسنة أو الاجماع اذا ثبت ثبوتا قطعيا .

2 ـ أدلة ظنية الثبوت قطعية الدلالة .

3 ـ أدلة ظنية الثبوت والدلالة .

هذه الانواع هي محل الاجتهاد وتسمى أحكامها أحكاما ظنية أو اجتهاديـــة كقوله تعالى (وامسحوا برؤوسكم)[5] قطعي الثبوت والدلالة على أصل وجوب المسح ، فهو حكم قطعي لكن دلالته على مقدار مايمسح من الرأس ، أهو الكل أو النصف أو الربع أو البعض دلالة ظنيـــة

---

1) موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي / ص 9

2) هو أبو حنيفة النعمان بن ثابت بن زوطي ولد سنة 80هـ توفي سنة 150، وهو صاحب أحد المذاهب الاربعة السنية المشهورة والسائدة الى اليوم ، تعرض لمحنتين في عهد الدولة الاموية والعباسية بسبب رفضه تولي القضاء . للزيادة في الاطلاع راجع ابو حنيفة للشيخ ابو زهرة .

3) موسوعة جمال عبد الناصر / ص 9

4) موسوعة جمال عبد الناصر / ص 10 .

5) سورة المائدة / الاية 6

فالاخذ بأي مقدار يكون حكما ظنيا اجتهاديا .

فتنوع الادلة أدى الى اتباع الاصوليين ثلاث طرائق في تحديد معنى الفقه .

1) طريقة جمهوريهم : الفقه هو معرفة الأحكام الشرعية التي طريقها الاجتهاد (1) أو العلم بالاحكام الشرعية العملية بالاستدلال ، أو عن طريق أدلتها التفصيلية ومن هنا فان مالا يعتبر من الاحكام الشرعية العملية لا يعتبر فقها ، كأحكام وقواعد بقية أنواع المعرفة (2) كالرياضيات والطب والهندسة ، والنحو والصرف . . . الخ . لانها ليست أحكاما شرعية وكذلك لا يعتبر علم أصول الدين فقها ، وكذلك أصول الفقه ، لانها أحكاما شرعية علمية وليست عملية .

وتبعا لشرط الاستدلال لا يعتبر علم جبريل ولا علم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقها (3) وكذلك علم المقلد ، لانه علم ليس عن استدلال .

كذلك العلم بأركان الاسلام كوجوب الصلاة والزكاة . . . الخ . وما يعرف من أمور (4) الدين بالضرورة ، كتحريم الخمر ولحم الخنزير ، وتحريم الزواج بالاصول أو الفروع . . . الخ . فهذا لا يعتبر فقها لان العامة تعرفه ـ فالفقه هو العلم الاجتهادي ، والفقيه هو المجتهد .

2) يجب العلم بالاحكام الشرعية العملية المعروفة ، أخذا من أدلتها ، سواء كانت قطعية أو ظنية ، ويجب أن تكون مع هذا العلم ملكة الاستنباط الصحيح من الاحكام التي نزل بها الوحي أو انعقد عليها الاجماع ، فالفقيه على هذا ماكان أهلا للاجتهاد وان لم يكن مجتهدا (5) .

3) الطريقة الثالثة لا تختلف عن الطريقتين الا في الاحكام الشرعية اذ تقتصر على الاحكام القطعية لا الظنية ، فالفرق بين الطرائق الثلاثة يرجع الى المراد بالاحكام الشرعية فبعضها قصرها على الاحكام الظنية وبعضها قصد القطعية وبعضها شمل النوعين .

1) موسوعة جمال عبد الناصر / ص 10 .
2) أبو حامد الغزالي / المستصفى / ج 1 / ص 11
3) الاحكام في أصول الاحكام / الامدي / ص 8 .
4) 5) موسوعة جمال عبد الناصر / ص 11

ونورد فيما يلي ثلاث نماذج من تعاريف الاصوليين ، دون التقيد بضرورة تطابقها مع التقسيم السابق ، فأبو حامد الغزالي عرف الفقه بأنه (عبارة عن العلم والفهم في أصل الوضع يقال فلان يفقه الخير والشر — أي يعلمه ويفهمه — ولكن صار بعرف العلماء عبارة عن العلم بالاحكام الشرعية الثابتة لاعمال المكلفين خاصة — حتى لا يطلق — بحكم العادة اسم الفقيه على متكلم وفلسفي ، ونحوي ، ومحدث ومفسر ، بل يختص بالعلماء المهتمين بالاحكام الشرعية الثابتة لافعال الانسان كالوجوب ، والحظر والاباحة ، والندب ، والكراهة ، وكون العقد صحيحا وفاسدا وباطلا ، وكون العبادة قضاء ، وأداء وأمثاله . . .) (1) .

أما الآمدي فقد عرفه بأنه(وقيل هو العلم ، والاشبه ان الفهم مغاير للعلم اذ الفهم عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئة الاقتناص كل ما يرد عليه من المطالب وان لم يكن المتصف به عالما ، كالعامي الفطن ، وأما العلم فسيأتي تحقيقه عن قريب ، وعلى هذا فكل عالم فهم وليس كل فهم عالما .

وفي عرف المتشرعين الفقه مخصوص بالعلم الحاصل بجملة من الاحكام الشرعية الفرعية بالنظر والاستدلال .

فالعلم احترازعن الظن بالاحكام الشرعية ، فانه وان تجوز باطلاق اسم الفقه عليه في العرف العامي ، فليس فقها في العرف اللغوي والاصولي ، بل الفقه العلم بها أو العلم بالعمل بها بناء على الادراك القطعي ، وان كانت ظنية في نفسها ، وقولنا (بجملة من الاحكام الشرعية) احترازا عن العلم بالحكم الواحد ، أو الاثنين لاغير ، فانه لا يسمى في عرفهم فقها . وانما لم نقل بالاحكام لأن ذلك يشعر بكون الفقه هو العلم بجملة الاحكام ، ويلزم منه أن لا يكون العلم بما دون ذلك فقها ، وليس كذلك وقولنا (الشرعية) احترازا عما ليس بشرعية ، كالامور العقلية والحسية وقولنا (الفروعية) احترازا عن العلم بكون أنواع الادلة حججا فانه ليس فقها في العروف الاصولية ، وان كان المعلوم حكما شرعيا نظريا لكونه غير فروعي ، وقولنا (بالنظر

1) أبو حامد الغزالي / المستصفى / تحقيق وتعليق مصطفى أبو العلا / الناشر: مكتبة الجندي القاهرة / جـ 1/ ص 11 .

الاستدلال) احترازا عن علم الله بذلك وعلم جبريل والنبي صلى الله عليه وسلم فيما علمه بالوحي فعلمهم بذلك لا يكون فقها في العرف الاصولي ، اذ ليس طريقة العلم في حقهم بذلك النظر والاستدلال).(1)

وأورد ابن حزم تعريف الفقه ومعناه بأنه (الفقه هو المعرفة بأحكام الشريعة من القرآن ومن كلام المرسل بها ، الذي لاتؤخذ الا عنه ، وتفسير هذا الحد كما ذكرنا المعرفة بأحكام القرآن وناسخها ومنسوخها ، والمعرفة بأحكام كلام الرسول صلى الله عليه وسلم ناسخة ومنسوخة وما صح نقله مما لم يصح ، ومعرفة ما أجمع العلماء عليه ، وما اختلفوا فيه ، وكيف يرد الاختلاف الى القرآن وكلام الرسول صلى الله عليه وسلم ، فهذا تفسير العلم بأحكام الشريعة .

وكل من علم مسألة واحدة من دينه على الرتبة التي ذكرنا جاز له أن يفتي بها ، وليس جهله بما جهل بمانع من أن يفتي بما علم ولاعلمه بما علم يبيح له أن يفتي فيما جهل ، وليس أحد بعد النبي صلى الله عليه وسلم الا وقد غاب عنه من العلم كثيرا هو موجود عند غيره ، فلو لم يفت الا من أحاط بجميع العلم لما حل لاحد من الناس بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم ، أن يفتي أصلا ، وهذا لا يقوله مسلم ، وهو ابطال للدين ، وكفر من قائله ، وفي بعثة النبي صلى الله عليه وسلم الامراء الى البلاد ليعلموا القرآن وحكم الدين ، ولم يكن أحدا منهم يستوعب جميع ذلك)(2) ويضيف ان (اسم الفقه : فهو واقع على صفة في المرء ، وهي فهمه لما عنده وتنبهه على حقيقة معاني الفاظ القرآن والحديث ، ووقوفه عليها ، وحضور كل ذلك في ذكره متى أراده ، ويزيد القياسيون علينا ههنا زيادة وهي معرفته بالنظائر في الاحكام والمسائل وتمييزه لها ، فهذه معاني الاسماء المذكورة في قولهم ، فلان حافظ ، وفلان عالم ، وفلان فقيه)(3) ، أما غير الاصوليين من الفقهاء والمحققين فلهم تعريف آخر ، أي معنى آخر .

فالفقه عند عبد الرحمن بن خلدون هو (معرفة أحكام الله تعالى في أفعال المكلفين

---

1) سيف الدين الامدي / الاحكام في أصول الاحكام / دار الكتب العلمية / بيروت / 1983 / ص 7 ، 8
2) ابن حزم / الاحكام في أصول الاحكام ، تحقيق أحمد محمد شاكر / الناشر: دار الافاق الجديدة بيروت / ط2 / 1983 / ص 127 ، 131
3) ابن حزم / المرجع السابق / ص 127 ، 131

بالوجوب والخطر والندب ، والكراهة والاباحة ، وهي متلقاة من الكتاب والسنة وما نصه الشارع لمعرفتها من الادلة ، فان استخرجت الاحكام من تلك الادلة قيل لها فقه) (1) ، وعلاء الدين الكسائي الحنفي يذكر (أنه لاعلم بعد العلم بالله وصفاته أشرف من علم الفقه ، وهو المسمى بعلم الحلال والحرام والشرائع والاحكام ، له بعث الرسل ، وأنزل الكتب ، اذ لاسبيل الى معرفته بالعقل المحض دون معونة السمع) (2) ، أما القهانوي ، فقد ذكر أن الشافعية يعرفون الفقه بأنه (العلم بالاحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية) (3) .

وورد في موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي ، ان اسم الفقه قد استعمل في اصطلاح الفقهاء للدلالة على أحد معنيين ، أحدهما حفظ طائفة من مسائل الاحكام الشرعية العملية الواردة بالكتاب والسنة وما استنبط منها ، سواء حفظت مع أدلتها أم حفظت مجردة عن هذه الدلائل .

فاسم الفقه عندهم ليس خاصا بالمجتهد ، كما هو اصطلاح الاصوليين ، بل يتناول المجتهد المطلق والمجتهد المنتسب ومجتهد المذهب ، ومن هو من أهل التخريج وأصحاب الوجوه ، ومن كان من أهل الترجيح ومن كان من عامة المشتغلين بهذه المسائل ، ولا يوصف الفقيه الا من كان واسع الاطلاع قوي الفهم والادراك ، متين الحجة بعيد الغور في التحقيق والغوص على المعاني ذا ذوق فقهي سليم نقي ، وان كان مقلدا . والمعنى الثاني الذي يطلق عليه اسم الفقه مجموعة هذه الاحكام والمسائل (4) ، وبالمعنى الاخير أخذ المعاصرين من المشتغلين بالفقه الاسلامي (5) .

---

1) بن خلدون / المرجع السابق / ص 798
2) محمد يوسف موسى / المرجع السابق / ص 11
3) محمد يوسف موسى / المرجع السابق/ ص 12
4) موسوعة جمال عبد الناصر / ص 12/ . محمد سلام مدكور/ المرجع السابق / ص 38
5) أنظر محمد سلام مدكور / المرجع السابق / ص 35 / . حمد عبيد الكبيس/ المرجع السابق ص 21 . محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص 11 / . مصطفى شلبي/ المرجع السابق / ص 32 / . عبد الرحمن الصابوني / محاضرات في المدخل لعلم الفقه / الناشر مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية / دمشق / 1965 / ص 9

يتضح مما سبق ان معنى الفقه عند الاصوليين هو العلم بالاحكام الشرعية العملية وهو نفس المعنى عند غيرهم ، الا أن الاصوليين يشترطون أن تكون الاحاطة بالادلة الشرعية شاملة على اختلاف بينهم في نوع هذه الادلة ، وأن العلم لايعتبر عندهم فقها الا اذا بلغ درجة الاجتهاد ، صادرا ممن هو أهلا لذلك .

أما غيرهم ، أي الفقهاء فيكتفي بالعلم بالاحكام الشرعية العملية ، سواء حفظت مع أدلتها أو مجردة عنها ولا يشترطون بلوغ درجة الاجتهاد .

ومعنى الفقهاء هو المعنى الذي يجب أن يعول عنه ، لانه يشمل دراسة العلم وفهمه ، والتأليف فيه ، والمؤلفات التي وضعت فيه ، أي كل ما يتناول الاحكام العملية سواء جاءت عن طريق النص أو استنبطها الفقهاء على اختلاف طبقاتهم ، وجميع الفتاوي والآراء التي قيلت فيه ، سواء كانت راجحة أو مرجوحة والآراء الشاذة ، سواء تمت عن طريق الاستنباط أو كان مجرد تطبيق للاحكام المقررة .

كما يتضح ان الفقه جزء من الشريعة وليس مساويا ، لان الشريعة ترادف الدين ، في حين أن الفقه يقتصر على الاحكام العملية فقط ، وهي الاحكام أو القواعد التي تحكم العلاقتين علاقة الفرد بربه ، وعلاقة الفرد بغيره من الافراد ، وان شاع في الوقت الحاضر اطلاق اسم الشريعة على الفقه ، على أساس ان الشريعة اسم للاحكام العملية ، فالفقه هو النظام التشريعي أي القانوني ، الذي جاء به الاسلام ، وهو المقابل لكلمة قانون ، بمعناه الوضعي ، وهذا ماقصده واضع التشريع المدني الجزائري في المادة الاولى ، عندما نص عليه كمصدر الى جانب المصادر الاخرى ، والقانون لاينظم الا الروابط الاجتماعية ، أما علاقة الفرد بربه فلا يتدخل فيها .

فالمقصود بمبادئ الشريعة الواردة في المادة الاولى هو قسم المعاملات من الفقه الاسلامي فقط ، واليه يرجع القاضي عند عدم العثور على حكم في المجموعات المختلفة ، المدنية التجارية ، القانون الاداري . . . الخ .

المبحث الثاني

الحكم الشرعي

الفقه الاسلامي حسب المعاني المختلفة التي أوردناها في المبحث السابق هو العلم بأحكام الله تعالى من أفعال المكلفين بالوجوب والخطر، والندب، والكراهة ... الخ .

فالحكم هو الوحدة الأساسية للتشريع الاسلامي او المفتاح الذي يمكن بواسطته الدخول الى هذا التشريع، اذ يبقى بابه في نظرنا موصدا مالم يعرف الحكم ويحدد معناه وتفهم مفرداته المختلفة وتضبط عناصره .

فهو حسب تعريف ابن الحاجب الذي أورده الشيخ محمد أبو زهرة (1) والمأخوذ به من طرف عدد ممن تناولوا علم الأصول هو (خطاب الشارع (2) المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء (3) أو التخيير (4) أو الوضع (5)) ، فالمفردات الواردة في التعريف ، كخطاب الشارع ، وفعل المكلف ، والتخيير والوضع ، لكل منهما دلالة معينة تستوعب الكثير من المسائل التي يجب الالمام بها علاوة على العناصر التي يجب توافرها لتوافر الحكم ، اذ يشترط لقيامه أن يصدر عن جهة معينة وهذه الجهة يطلق عليها الأصوليون الحاكم الذي هو الله سبحانه وتعالى ، وسلوك معين يجب تنظيمه ، هذا التنظيم قد يرد بالحث على اتيان فعل أو بالمنع من القيام به ويطلق عليه المحكوم فيه ، ومخاطب بهذا أو مأمور باتيان هذا الفعل أو عدم اتيانه ، وهو الشخص المخاطب بالحكم يسمى المحكوم عليه . كل هذه النقاط جميعا سنتناول بعضها في هذا المبحث وسوف نتناول البعض الآخر في المبحث التالي :

---

1) أصول الفقه/ محمد أبوزهرة/ الناشر: دار الفكر العربي / القاهرة/ بدون تاريخ/ ص 26، ومحمد سلام مدكور / أصول الفقه الاسلامي/ دار النهضة العربية/ القاهرة/ ط 1/ 1976/ ص20 . حيث ذهب الى أن هذا التعريف ارتضاه جمهور الاصوليين من أهل السنة، اما المعتزلة فلهم تعريف أورده وهو (الحكم ما يثبته الشارع في الفعل موافقا لما فيه من صفة) وحمد عبيد الكبيسي/ المرجع السابق ص27 ، وقد عرفه الامدي بانه (خطاب الشارع المفيد فائدة شرعية/ الاحكام في أصول الاحكام تحقيق صاحب دار الكتب العلمية / ج 1/ 1983/ ص136 .

2) خطاب الشارع : الوصف الذي يعطيه الشارع لما يتعلق بأفعال المكلفين حلال أو حرام او مكروه ، او مباح ، صحيح او باطل ، او هو شرط ، او سبب ، او مانع .

3) اقتضاء : أي طلب سواء كان الطلب طلب فعل أو طلب منع، فالحرام فيه منع لازم ، والوجوب فيه طلب فعل لازم . 4) التخيير : يعني اتيان الفعل أو عدم اتيانه .

5) الوضع : أن يكون الشارع قد ربط بين أمرين مما يتعلق بالمكلفين وهو قد يكون سببا أو شرطا او مانعا .

الفرع الاول : عناصر الحكم الشرعي :

عناصر الحكم الشرعي هي : الحاكم والمحكوم فيه ، والمحكوم عليه .

فالحاكم معناه مصدر الحكم ، والمحكوم فيه ، ومعناه فعل المكلف هل هو مقدور عليه أو مستحيل ؟ هل فيه مشقة أم لا ؟ وما اذا كانت المشقة محتملة أو غير محتملة ؟ هذه النقاط هي موضوع هذا الفرع ، أما بقية النقاط كحق الله ، وحق العبد ، والمحكوم عليه سنفرد لهم الفرع التالي لارتباطهما .

1) الحاكم : ينفرد التشريع الاسلامي بميزة خاصة لا يشاركه فيها أي تشريع آخر هي أن حكمه أو أحكامه صادرة عن الله سبحانه وتعالى :

فالحاكم ومصدر الحكم حقيقة هو الله سبحانه وتعالى (1) وقد اتفق وأجمع المسلمون (2) على أن الحاكم هو الله ، وأنه لا شرع الا من الله ، وقد وردت نصوص القرآن بهذا المعنى قال تعالى (ان الحكم الا لله) (3) و (ان أحكم بينهم بما أنزل الله) (4) وقال (ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هو الفاسقون) (5) ، وقد عبر أبوا حامد الغزالي عن هذا بقوله (فلا حكم ولا أمر الا له أما النبي صلى الله عليه وسلم ، والسلطان ، والسيد ، والأب ، والزوج ، فاذا أمروا وأوجبوا لم يجب شيئا بايجابهم ، بل بايجاب الله تعالى طاعتهم) (6).

أما ما يطلق عليه أصول الفقه أو مصادر الفقه ، أو التشريع فهي في الحقيقة عبارة عن سبل ومسالك يكتشف بها حكم الله ، واطلاق اسم المصدر عليها جاء على سبيل المجاز لا الحقيقة.

وتتناول كتب الاصول في هذا الصدد مسألة ، هل يعتبر العقل كمصدر الى جانب الشرع؟ وهل المكلف ملزم بما يقضي به العقل الى جانب حكم الشرع ، وقد انقسم الرأي بشأنها الى (7)

---

1) أبو زهرة/ المرجع السابق/ ص 69 / محمد سلام مدكور/ المرجع السابق/ ص 60/ حمد عبيد الكبيسي/ المرجع السابق/ ص 33 / الامدي/ المرجع السابق/ ج1/ ص 113/ الغزالي/ المستصفى/ ج1/ ص 83 .
2) أبو زهرة المرجع السابق/ ص 69 / حميد عبيد الكبيسي/ المرجع السابق/ ص 33
3) سورة يوسف/ الآية 40، 67 . 4) + 5) سورة المائدة / الايات 49 ، 44، 45، 47 .
6) الغزالي / المرجع السابق/ ص 83
7) المراجع السابقة/ أبوزهرة/ ص 69/ سلام مدكور/ ص 61/ومابعدها .الآمدي / ص 114 ومابعدها الغزالي / ص 356 .

1) الجمهور لا يعتد بالعقل كمصدر الى جانب حكم الشرع ، ويردون مالا نص فيه الى مافيه نص بالطرق المختلفة القياس الاستحسان ... الخ .(1)

2) الشيعة يرون خلاف رأي الجمهور لانهم يأخذون برأي المعتزلة .

وسبب الاختلاف هنا كما قيل هي مسألة التحسين والتقبيح العقلي .

2) المحكوم فيه : ويقال له أيضا المحكوم عليه ، هو متعلق بالحكم الشرعي ، أي أنه موضوع الطلب أو الكف أو الاباحة ، ويشمل ماذا كان الفعل مقدورا له أوغير مقدور له .

أ ـ فعل المكلف من حيث كونه مقدورا أوغير مقدور :

اتفق الاصوليون على أن العبد أو المخاطب بالاحكام الشرعية ، مكلف بالأفعال التي في امكانه القيام بها واتيانها ، أما ماليس في امكانه وخارجا عن اراداته فلا يطالب به (2) وبالتالي فلا يحاسب على عدم قيامه بفعل مستحيل الوقوع ، سواء كانت هذه الاستحالة لذاته كالجمع بين الضدين ، الحب والبغض، الى غير ذلك من الوجدانيات التي تستولي على النفوس من حيث لا يشعر لانها غير متصورة عقلا وعادة ، أو كانت هذه الاستحالة لغيره ، وهو الأمر أو الفعل المتصور عقلا الممتنع عادة كمشي الزمن ، فانه وان كان متصورا عقلا فانه ليس في مقدور المكلف ، فهذا أيضا لا يحاسب عليه ، لانه ليس في استطاعته .(3)

---

1) أبو زهرة / المرجع السابق / ص 70 / ويتاجذب هذه المسألة ثلاثة اتجاهات ، فذهب الإشاعرة نسبة الى أبي الحسن الاشعري المتوفي ببغداد سنة 324 هـ . وهذه الفرقة ترى أن الافعال ليس فيها حسن أو قبح ، ومقياس الحسن والقبح عندهم ما جاء به الشرع لا العقل ، فالعقل لا يستقل بادراك حكم ، أما المعتزلة وهم الفرقة الثانية أو الاتجاه الثاني فيرون أن في الافعال صفات حسن وقبح يدركها العقل دون توقف على شرع والشرائع عندهم مؤكدة لحكم العقل لان حكم الله في أفعال المكلفين لابد أن يكون على وفق ما يدركه العقل ، وهذا المذهب ينسب لواصل بن عطاء تلميذ الحسن البصري / ثم اعتزله ومات سنة 130 هـ . الفرقة الثالثة مذهب الماتريدية اتباع أبي المنصور محمد الماتريدي ، وهو مذهب وسط ، اذ يتفقون مع المعتزلة في أن العقل يمكن أن يستقل بادراك مافي الافعال من صفات حسن وقبح الا أنهم خالفوهم في ترتيب حكم الشرع على ذلك لان العقول قد تخطئ .

2) أبو زهرة المرجع السابق / ص 316 / سلام مدكور / المرجع السابق / ص 67 / الآمدي المرجع السابق / 119 / حمد عبيد أكبيسي / المرجع السابق / ص 34/ الغزالي / المرجع السابق / ج 1 / ص 86 .

3) أحمد أمين/ فجر الاسلام / ط 10/ الناشر: دار الكتاب العربي / بيروت 1969 / ص 283 ومابعدها

وقد استدلوا على هذا بنصوص من القرآن ومن السنة ، فمن القرآن قوله تعالى(يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)(1) وقوله (ماجعل عليكم في الدين من حرج)(2) و(لا يكلف الله نفسا الا وسعها)(3) .

ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم في قسمه بين أزواجه (اللهم ان هذا قسمي فيما أملك فلا تؤاخذني فيما تملك ولا أملك) .

وقد وردت في القرآن نصوصا ، ووردت أحاديث نبوية شريفة يدل ظاهرها على أنها تومئ الى التكليف بغير المقدور أو فيها معنى ذلك ، كقوله تعالى (ولا تموتن الا وأنتم مسلمون)(4) وقوله صلى الله عليه وسلم (تحابوا ولا تباغضوا) وقوله (كن عبد الله المقتول ولا تكن عبد الله القاتل) وقوله (لا تغضب) الى غير ذلك من النصوص التي تشير الى التكليف بغير المقدور .

ذهب الاصوليون الى أن هذه النصوص تتناول جوانب تدخل في المقدور(5) ، ففي قوله تعالى (ولا تموتن الا وأنتم مسلمون) حث على الاستمرار في الاذعان لأوامر الدين ، ومنعا من الانحراف ، والتفكير في اتباع الهوى ، وهذا يدخل في دائرة المستطاع .

وفي النهي عن الغضب في حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فالنهي ليس منصبا على ذات الغضب ، اذا تحققت أسبابه ، بل هو نهي عن الدخول في أسبابه ، وترويض النفس على اتقاء آثاره بكبحه الغيظ ، وتجنب ما من شأنه أن يؤدي الى الغضب ، وعدم الاقدام على قول أو فعل حال الغضب ، وفي حديث قوله صلى الله عليه وسلم كن عبد الله المقتول ، ولا تكن عبد الله القاتل ، فيه نهي عن أمر ممكن ، وهو الاعتداء ، وأنه يجب على المؤمن ان تردد بين أمرين كونه معتديا أو معتدى عليه ، اختار أهون الأمرين مؤاخذة ، وهي أن يكون معتدى عليه ، وذلك ليحتاط المسلم لحرمات المسلم ، كما قال صلى الله عليه وسلم (كل المسلم

---

1) سورة البقرة/ الآية 185 .
2) سورة الحج/ الآية 78 .
3) سورة البقرة / الآية 286 .
4) سورة البقرة/ الآية 132 .
5) أبو زهرة/ المرجع السابق / ص 316 ، 317/ الشاطبي / الموافقات / المرجع السابق/ ج2 ص109 .

المؤقت يصبح معتادا ومحتملا .

2 ـ مشقة لا يمكن الاستمرار على أدائها زلا تحتمل الا ببذل أقصى الطاقة ، ويؤدي التكليف المستمر بها الى حصول تلف في النفس أو المال ، أو العجز النهائي عن القيام بها .هذا النوع يجوز التكليف به ، لكن بصفة مؤقتة وليس بصفة دائمة ، ولا يكلف بها الجميع ، من أمثلة هذا النوع ، الجهاد في سبيل الله فيه مشقة شديدة ليست في مقدور كل الناس تحملها والاستمرار بها ، الا بتلف النفس ، لذا لم يفرض على جميع المكلفين ، بل فرض فرض كفاية ، أي على من يستطيعه ويقدر عليه ، وكالصبر عند الاكراه على النطق بكلمة الكفر فيه احتمال غير عادي، وكالجهر بكلمة الحق في وقت يسود فيه ظلم ، لذا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (أفضل الجهاد كلمة حق لسلطان جائر) وقال (سيد الشهداء حمزة بن عبد المطلب ، ورجل قال كلمة حق عند سلطان جائر فقتله) .(1)

فالمشقة في التكاليف الشرعية ثابتة ، واحتمالها ثابت كذلك بنوعيها ، ولكنها ليست مقصودة لذاتها كمشقة ، وانما بالنظر الى ما يعود من مصالح على المكلف . فآيات القرآن واحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ناطقة بهذا .وقد نهى صلى الله عليه وسلم من أنذر أن يصوم قائما في الشمس ان يستمر قائما في الشمس وأمره أن يتم صومه ، وبذلك أمره بما هو مطاع في ذاته وهو الصيام ، ونهاه عما ليس طاعة ، وهو القيام في الشمس ، وبذلك النهي تقرر ان القيام في الشمس لغير مقصد شرعي مقصود معصية ، كذلك روى أن بعض الصحابة أخذ نفسه بقيام الليل وصوم النهار ، وبعضهم أخذ نفسه باعتزال النساء ، فبلغ النبي أمرهم جميعا فقال صلى الله عليه وسلم (ما بال أقوام قالوا كذا وكذا أما والله اني لاخشاكم لله وأتقاكم له ، لكن أصوم وأفطر ، وأصلي وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني) .

وأثبت وجود المشاق في التكاليف الشرعية تقرير الرخص المختلفة في حالة ماذا فاقت المشقة الاحتمال ، وأدت الى الحرج ، وأصبحت غير محتملة فان للمكلف أن يعدل عنها ، الى(2)

---

1) أبو زهرة / المرجع السابق/ ص 318 . سلام مدكور / المرجع السابق/ ص 68 . المنهاج في [illegible] أبي العباس الصنهاجي / القرافي / الفروق/ دار المعرفة / بيروت/ ج 1/ ص 118 . [illegible]

2) أبو زهرة / المرجع السابق/ ص 31 . الشاطبي / الموافقات/ ج 2/ ص 122 . محمد سلام مدكور/ هامش 2 68 .

مايجعلها محتملة ، فقد رخص التيمم عند العجز عن القدرة على الوضوء ، ورخص الافطار عند السفر وعند المرض ، كما أبيحت المحظورات في حالة الضرورة .

جـ ــ قابلية الافعال التي تعلق بها التكليف للانابة :

1) هل يجوز أن يحل شخص محل آخر في القيام بالتكاليف الشرعية ، كأن يصلي أو يصوم أو يحج عنه أو يتصدق .

ناقش الاصوليون هذه النيابة ، فذهب رأي (1) الى أن التكاليف الشرعية لاتقبل الانابة لأن هذه التكاليف فيها ابتلاء واختيار للنفس فلا تكون محلا للنيابة ، فالعبادات تكليفات نفسية عملية لكسر شهوات النفس . وذهب الجمهور ان الانابة تجوز في التكليفات الشرعية ، لكن ليست كل قابلة لذلك ، فالتكليفات المالية ، يجوز فيها الانابة ، أما التكليفات البدنية كالصلاة والصوم فلا تجوز الانابة فيها ، والتكاليف التي تجمع في أدائها بين البدن والمال كالحج تجوز الانابة فيه عند العذر ، أي عدم القدرة البدنية ، هذا مع اختلاف بين الفقهاء في هذا التقسيم (2) . ويمكننا أن نتبين من هذا العرض الشديد الايجاز ان :

1ــ التكاليف الشرعية تنطوي أو تلزم بما يطاق ، ويمكن القيام به واتيانه ، أما ماليس في الامكان (3) ، وخارجا عن الارادة فلا يطالب المكلف به ، رغم ماقيل من جواز التكليف بمستحيل .

2ــ التكاليف الشرعية تنطوي أيضا على قدر من المشقة ، شأنها في ذلك شأن بقية التكاليف غير الشرعية التي لاتنال بسهولة ويسر ، وانما لابد فيها من قدر من التضحية .

3) المشاق المحتملة أي المعتادة ، فرضت فرض عين أي على كل واحد ، أما غير المعتادة ففرضت فرض كفاية .

---

1) محمد بوزهرة/ المرجع السابق/ ص323 . محمد سلام مدكور/ المرجع السابق/ ص67 . القرافي/ الفروق/ جـ2 / ص204
2) أنظر موقف بعض المذاهب في موضوع الانابة/ محمد سلام مدكور/ المرجع السابق/ هامش2/ ص67
3) التكليف بمستحيل اختلف بشأنه ذهب البعض الى أنه جائز استنادا الى الله سبحانه وتعالى خالق كل شئ ولا يسال عما يفعل ، وذهب الجمهور الى انه لا يمكن التكليف بالمستحيل لان الله وعد بانه لا يكلف نفسا الا وسعها ، فالتكليف بالمستحيل مخالف لما وعد ، ومحال ان يخلف الله وعده وذهب رأي الى تقسيم المستحيل الى مستحيل لذاته ، وهو لا يمكن التكليف به ، أما المستحيل لغيره فيجوز التكليف به ، فقد طولب ابو جهل بالايمان مع انه سبق في علم الله انه يجحد ويعاند ومحال ان يقع غير ماعلمه الله تعالى ، وانما جاز التكليف لان الفعل في ذاته ممكن ، وانما استحال لامر خارج ، فدل على أن التكليف يقع على الممكن المستحيل لغيره .

الفرع الثاني : الحــق وتقسيماتــه :

يدرس الحق في التشريع الاسلامي ، في علمين مستقلين ، في علم الاصول ، وفي علم الفقه ، ففي الاصول يدرس ضمن المسائل التي تندرج تحت المحكوم فيه ، وهو فعل المكلف ، مــن حيث من يضاف اليه الى حق الله وحق العبد ، وفي علم الفقه ، يتناوله من حيث ثبوته ومحلــه يرد على العين والمنفعة ، وما اذا كان يتعلق بالمال أولا يتعلق به الى آخر الموضوعات .

ولما كانت دراستنا تتعلق بالتشريع الاسلامي كله ، ولا تقتصر على علم معين منــــه لذا ارتأينا أن نخصص له هذا الفرع وندرسه من الناحيتين الاصولية والفقهية ، لنتمكن مــــن الاحاطة بجميع النقاط التي يمكن أن تثار هنا ، وهي ضبط مصطلحه واطلاقه وتقسيماته .

1ــ تعريف الحــق :

تستعمل كلمة حق في اللغة للدلالة على عدة معاني منها (1) : الثابت ، اللازم ، الواجب نقيض الباطل ، الموجود الثابت الذي لا يسوغ انكاره ، المطابقة والموافقة ، اسم من أسماء اللــــه تعالى ، الامر المقضي ، وقد جاءت كلمة حق في كثير من الآيات القرآنية دالة على هذا المعنى ، منها قوله تعالى (قال الذين حق عليهم القول ربنا هؤلاء الذين اغوينا) (2) وقد فسر الطبري هـــذه الآية بمعنى قال الذين وجب عليهم غضب الله ولعنته وهم الشياطين الذين كانوا يغوون بني آدم (3) وقوله سبحانه وتعالى (ولقد حقت كلمة العذاب على الكافرين) (4) وقد فسرها الطبري كذلك بمعــنى (5) لقد وجب العقاب على أكثرهم ، لأن الله قد حتم عليهم في أم الكتاب انهم لا يؤمنون بالله ، ولا يصدقون رسوله ، كما جاء قوله تعالى (لقد حق القول على أكثرهم فهم لا يؤمنون) (6) ومعناهـــا ما ذهب اليه نفس المفسر (7) ، افمن وجبت عليه كلمة العذاب في سابق علم ربك يامحمد بكفره به .

وجاء في الحديث الشريف (ان الله قد أعطى لكل ذي حق حقه ، فلا وصية لوارث) (8)

= لما كانت هذه المسألة تدخل حسب ماذهب الى ذلك الاصوليون تدخل في علم الكلام وتتعلــق بمسائل القضاء والقدر ، وهذه لاعلاقة لها بالتكليف ، فالاصولي ينحصر نظره في الفعل ذاته أهو مقدور فيدخل في حدود التكليف أم غير مقدور فلا يدخل في التكليف .

1) لسان العرب لابن منظور / جـ2/ ص333/ تاج العروس / المرجع السابق/ جـ 6/ ص 315

2) سورة القصص/ الاية 63 . 3) تفسير الطبري / جـ20/ ص98/ وتفسير القرطبي / جـ7/ ص 5019

4) سورة يس/ الاية 7/ . 5) تفسير الطبري / جـ22/ ص150/ وتفسير القرطبي / جـ8/ ص 5450

6) سورة الزمر/ الاية 19/ . 7) تفسير الطبري / جـ23/ ص207/ وتفسير القرطبي / جـ8/ ص 5668

فكلمة حق اذن تدور على معاني منها ، الثبوت والوجوب ، واللزوم ، ونقيض الباطل والغيب ، أما في الاصطلاح فللفقهاء والاصوليين عدة تعاريف نورد بعضا منها ،

فقد عرف الفقيه المالكي القرافي الحق وهو بصدد التفرقة بين حق الله وحق العبد بقوله (حق الله هو أمره ونهيه ، وان حق العبد هو مصالحه ، أي أن كل الاوامر التي أمرنا بها الله عز وجل والنواهي التي نهانا عنها هي حقوق له سبحانه وتعالى ، وان حقوق الناس هي الامور التي تتحقق بها مصالحهم (1).

الا أن هذا التعريف لم يسلم به ، اذ أبطله فقيه آخر مبينا ان (الحق معناه اللازم له على العباد واللازم على العباد لابد وأن يكون مكتسبا لهم ، ولا يصح أن يتعلق كسب أوامر الله ونواهيه ، ذلك لان كسب العبد حادث واوامر الله ونواهيه قديمة ، لانها كلامه سبحانه وتعالى ، والكلام صفة قديمة من صفات الله تعالى .

واذا كان الامر كذلك فلا يصح أن يتعلق الحادث وهو كسب العبد بالقديم وهو أوامر الله ونواهيه) (2)، أما الاصولي المحقق الشاطبي ، فقد عرفه هو أيضا بصدد التفرقة بين حق الله وحق العبد بأن (حق الله على العباد أن يعبدوا ولا يشركوا به شيئا ، وعبادته امتثال أوامره واجتناب نواهيه باطلاق ... وقد جاء في الحديث ، حق العباد على الله اذا عبدواه ولم يشركوا به شيئا الا يعذبهم ... وعاداتهم في تفسير -- حق الله -- انه مافهم من الشرع أنه لا خيرفيه للمكلف كان معنى معقول أو غير معقول ، وحق العبد ماكان راجعا الى مصالحه في الدنيا) (3).

وقد عرفه كذلك الاصولي عزالدين التفتازاني بأن (حق الله مايتعلق به النفع العام

---

1) القرافي / جـ1/ ص140 ومابعدها .

2) سراج الدين ابي القاسم (ابن الشاط) أدرار الشروق على أنواء الفروق ، مطبوع على هامش الفروق/ جـ1/ ص140 ، 141 .

3) الشاطبي / المرجع السابق/ / جـ2 / ص317 ، 318

من غير اختصاص ، واما حق العبد مايتعلق به مصلحة خاصة).(1)

هذا بالنسبة للقدماء ، أما المعاصرين فلهم أيضا محاولاتهم في تعريف الحق فقد عرفه الشيخ علي الخفيف بأنه مصلحة مستحقة شرعا)(2) ، والاستاذ مصطفى الزرقاء فالحق عنده هو (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا)(3) والاستاذ عيسى أحمد فذهب الى أنه (مصلحة ثابتة للشخص على سبيل الاختصاص والاستئثار يقررها الشرع) .

هذه بعض محاولات الفقهاء في تعريف الحق ، والتي يمكن أن نستنتج منها مايلي :

1ـ ان الفقهاء المسلمين حاولوا ضبط اصطلاح للحق ، خلافا لما ذهب اليه بعض الباحثين .(4)

2 ـ ان التعريف الحق بكونه مصلحة يقصره على نوع واحد من الحقوق ، هي حقوق العبد الذي له مصلحة ثابتة ، أما الفرع الثاني ، حق الله فلا يستوعبه التعريف ، لانه سبحانه وتعالى منزه على أن يكون له من حقوقه على عباده مصلحة .

3 ـ ان الفقهاء لم يهتموا بالحق ، كحق ، وانما اهتموا بالغاية منه ، وهي المصلحة التي تستوعب المعنيين المادي والمعنوي ،(5) وهذا يتفق مع الاتجاه الموضوعي في تعريف الحق عند فقهاء القانون الوضعي ، خلافا للاتجاه المختلط الذي ركز على جوهر الحق ، وبيان عناصره

---

1) محمد رأفت عثمان / الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الاسلام / دار اقرأ لبنان/ ط3 1982 / ص 13

2) محمد رأفت عثمان / المرجع السابق/ ص 14/ محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي/ ص420

3) المدخل الفقهي العام / ج 3 / ص 10

4) ذهب الاستاذ سلام مدكور الى ان الفقهاء المسلمين (اقتصروا على المعنى اللغوي للحق في فهمهم وتصويرهم له، ولم نقف لهم على تعريف مصطلح عليه لكلمة حق وانما يعمدون الى المعنى اللغوي وكل ماساتطنا الوقوف عليه ان احد الفقهاء قال : الحق الموجود والمراد به هنا حكم يثبت ، فهو اذن قد عرف الحق بانه الحكم الذي قرره الشارع وبين صاحب هذ الراي ان معنى الحكم عند الاصوليين بانه خطاب الله تعالى المتعلق بافعال المكلفين اقتضاءا او تخييرا اووضعا مع ان الحكم عند الفقهاء اثر وليس نفس الخطاب) المدخل للفقه الاسلامي/ ص420/ هامش2 .
ونفس الراي تقريبا اخذ به محمد الحسيني حنفي اذ ذهب بدوره الى ان (لم يضع فقهاء المسلمون للحق تعريفا جامعا مانعا بين أركانه وحدوده ، وانما استعملوه في معاني مختلفة مأخوذة معظمها من المعنى اللغوي لهذه الكلمة ففي اللغة تطلق كلمة حق ويراد منها الموجود الثابت الذي لا ريب في وجوده . وعلى هذا فكلمة الحق من الالفاظ المشتركة في اللغة، وهي تتسع لما اصطلح على تسميته عند القانونيين بالحق ، وما اصطلح على تسميته بالالتزام والدين ... ومن أجل هذا نجد الفقهاء لا يقصرون كلمة الحق على استعمال معين او للدلالة على مفهوم محدد) المدخل لدراسة الفقه الاسلامي / ص 305 ، 306 .

5) أنظر حسن كيره/ المرجع السابق/ ص 433

والذي أدى به هذا الاهتمام الى وضع تعريف يقتصر على الحقوق المالية فقط (1)، أما بقية الحقوق فلا ينطبق عليها .

وقد حاول الأستاذ مصطفى الزرقاء الاخذ بهذا الاتجاه ، وعرف الحق بأنه (اختصاص يقرر به الشرع سلطة أو تكليفا) (2).

4 ـ تعريف الفقهاء المسلمين للحق بأنه مصلحة لا يقدح في موقفهم ، ولا يعلى في قيمة من حاول تعريفه تعريفا آخر ، بين جوهره وخصائصه ، لأن محاولتهم اقتصرت على نوع واحد من الحقوق ، رغم اصرار بعضهم على شموليته التعريف الذي اقترحه (3)، كما أن التعاريف المقترحة بصرف النظر عن تكاملها من الناحية المنطقية ، فانها لا تلغي المصلحة كباعث رئيسي لتقرير الحق أو الحقوق ، وقيد يحد منها في آن واحد . لنأخذ مثلا الحق العيني ، كأحد الحقوق المالية التي وفق المحققين في وضع مصطلح له وهو عبارة عن الانفراد والاستئثار أو التسلط بشئ أو على شئ معين ، فان هذا الانفراد والاستئثار والتسلط يكون له معنى اذا حقق مصلحة صاحبه ومصلحة غيره ، اما اذا حاد عن ذلك ، فان هذه الخصائص الجوهرية لا يلتفت اليها .

ان تصرف صاحب الحق تصرفا يسئ الى نفسه أو الى غيره ، فان هذا التصرف لا ينتج أثره ، خلافا للشائع عند فقهاء القانون الوضعي ، الذين يذهبون الى أن حق الملكية باعتباره أقوى الحقوق المالية يخول لصاحبه سلطات ، هي الاستغلال والتصرف في الاشياء بصفة مطلقة 544 مدني فرنسي ، والتمتع والتصرف في الاشياء وفقا للمادة 674 م.ج ، ويذهبون بالنسبة

---

1) حسن كيره / المرجع السابق/ ص من 435 الى 441 خاصة تعريفه للحق بأنه الرابطة القانونية التي بمقتضاها يخول القانون شخصا من الاشخاص على سبيل الانفراد والاستئثار التسلط على شئ ، أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر .

2) مصطفى احمد الزرقاء/ المدخل الفقهي العام / جـ3 / ص 10

3) فقد ذهب الاستاذ الزرقاء الى أن تعريفه شاملا بقوله (ان هذا التعريف كما يشمل بعمومه جميع أنواع الحقوق المدنية ، يشمل الحق الديني لله تعالى كفروضه على عباده من صلاة وصيام ونحوهما ، ويشمل ايضا الحقوق الادبية كحق الطاعة في معروف للوالد على ولده ، وللرجل على زوجته ، وحقوق الولاية العامة في اقرار النظام) المدخل الفقهي العام/ جـ3 ص 12 ، وذهب في نقده لتعريف الشيخ الخفيف ، ان التعريف غير محكم لانه لا يبين خصائص الحق المميزة له ولان الحق هو المصلحة / المرجع السابق/ هامش1 / ص 14 .

للسلطة الاخيرة المنصوص عليها في المادتين ، ان المالك يستطيع أن يتصرف في حقه - أي في محل الحق ، بكافة أوجه التصرف الممكنة - كالتنازل عنه للغير بمقابل أو بدون مقابل ، أو حتى اتلافه ، ولكنهم عندما يصرحون بهذا يعتمدون على كون الحق سلطة فقط ، ولا يلتفتون الى القيود الكثيرة التي تقيد هذه السلطة ، كعدم التعسف في استعمال الحق ، والدعوى غير المباشرة والدعوى البولصية ، فهذه القيود لا يبررها الا حماية مصلحة الغير .(1)

أما بخصوص مصالح المالك نفسه ، فان الفقهاء يصورون امكانية اتلاف المالك الا أن هذا التصور يمنعه اشتراط توافر سن الرشد ورجحان العقل ، وان تخلف أحدهما ، امتنع الاتلاف كسلطة يخولها الحق ، فالصبي غير المميز ممنوع من التصرف بصفة قاطعة مهما كانت صورة هذا التصرف ، والبالغ ان تصرف هذا التصرف الذي لا يتفق مع ما يقضي به العقل فانه يحجر عليه للسفه .(2)

تقسيمات الحق :

يقسم الحق في التشريع الاسلامي من حيث من يضاف اليه ، الى حق الله وحق العبد ، وحق دائر بينهما ينسب الى احدهما اذا ظهر أكثر من الآخر ، ويعبر عنه بما اجتمع فيه الحقان ، وحق الله غالب أو حق العبد غالب ، باضافة الفرع الاخير أو القسم الاخير يصبح الحق في الفقه الاسلامي ينقسم الى ثلاثة أقسام ، حق الله ، وحق العبد ، والحق الذي اجتمع فيه الحقان وظهر أحدهما أكثر من الآخر ، وسنستعرض هذه الاقسام بايجاز وفقا للاتجاهين السائدين في الفقه الاسلامي .

1 - الاتجاه الأول : وينسب هذا الاتجاه الى الاحناف ، وحق الله عندهم هو (كل

---

1) المواد 41 ، 42 مدني جزائري ، أنظر تفصيل نظرية التعسف في استعمال الحق ، د . فتحي الدريني مؤسسة الرسالة / بيروت / ط2 / 1977 ومحاضراته لطلبة الماجستير بمعهد الحقوق / جامعة الجزائر / مطبوعة بالآلة / السنة الجامعية 1979 - 1980 .

2) المواد من 189 الى 192 مدني جزائري ، تقابلها المادتان 1166 ، 1167 مدني فرنسي - المواد 42 ، 43 مدني والمواد 101 ، 102 ، 103 قانون الأسرة .

ما يتعلق به النفع العام دون مراعاة افراد) (1) ونسب الى الله قصد التعظيم والاحترام وحمل الناس على الحرص عليه ، وعدم التفريط فيه ، وهو لا يقبل الاسقاط أو التنازل وقد قسموه الى ثمانية أقسام .

1) عبادات خالصة أو حقوق الله الخالصة (2) ، وقد حصروا هذا النوع في الايمان بالله ، وفروعه كالصلاة والصوم والحج والجهاد ، وقد عبر عنها الشيخ أبو زهرة (بالعبادات الخالصة وكل الأمور الاجتماعية التي لا يكون فيها اعتداء على حق ، ولكن يكون فيها دفع اعتداء على المجتمع كالجهاد في سبيل الله ، وكحد الزنى ، وكحد الشرب ، ولذلك اشترط فيها النية ، وان كان هناك اختلاف هل تشترط النية في الزكاة (3) أم لا .

2) عبادة فيها معنى المؤونة كزكاة الفطر .

3) مؤونة فيها العقوبة ، وهو الخراج (4) .

4) عقوبات كاملة كالتعزيرات والحدود على اختلاف أنواعها ليس هنا مجال ذكره .

5) عقوبة قاصرة كحرمان القاتل من الميراث والوصية .

6) حقوق دائرة بين العبادة والعقوبة وهي الكفارات .

7) حق قائم بنفسه ، وهو خمس الغنائم .

8) مؤونة فيها العبادة ، وهي العشر .

---

1) محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ص 424 ، وأصول الفقه الاسلامي / ص 69 ، محمد أبو زهرة / المرجع السابق / ص 323 ، محمد رأفت عثمان / المرجع السابق / ص 20 ومابعدها / حمد عبيد الكبيسي / المرجع السابق / ص 37 / عبدالرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي / دار احياء التراث العربي / بيروت / بدون تاريخ / ج 1 / ص 47 محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص 306 ومابعدها .

2) يعتبر الايمان الاساس الذي تبنى عليه التكاليف الشرعية ، وقد عبر عن ذلك الشيخ محمود شلتوت / العقيدة في الوضع الاسلامي هي الاصل الذي تبنى عليه الشريعة ، ومن ثم لا وجود للشريعة في الاسلام الا بوجود العقيدة ، ذلك ان الشريعة بدون العقيدة علم ليس له اساس / المرجع السابق / ص 11 .

3) أنظر أحكام الزكاة في بعض كتب الفقه المختلفة لابن رشد بداية المجتهد ونهاية المقتصد البابي الحلبي [illegible] 3 1960 ج 1 ، 244

4) أنظر معناه وتقسيماته / محمد عبد الهادي الشقنقيري / المرجع السابق / ص 272 ومابعدها .

حق العبد : وهو مادون هذه الحقوق ، ويرد على كل ما شرع لمصلحة دنيوية خاصة[1] بالفرد ، كحق البائع في تَمَلُّك الثمن واستيفائه ، وحق المشتري في الحصول على الشيء المبيع وحق المضرور في التعويض، سواء بالدية أو بدل المتلف ، والحق في استرداد المغصوب ، وحق الشفعة والخيارات ، وحق كل من الزوجين على الآخر . . . الخ .

ما اجتمع فيه الحقان وحق الله غالب : وهو حد القذف فانه لما فيه من زجر يعود نفعه على العامة كان فيه حق الله ، ولما فيه من دفع العار عن المقذوف كان فيه حق العبد واستدلوا على غلبة حق الله بأن الحد واجب بالقذف بالزنى للزجر وحرمة الزنى خالصة لله تعالى تلزم أن يكون الحد عليه حقه ، ولكن لمراعاة انه من القذف هتك عرض المقذوف صار حق العبد مرعيا تبعا ، ولذلك فان هذا الحد يوكل أمر استيفائه الى الامام ولا يجري فيه الارث ولا يسقط بعفو المقذوف ، هذا مع خلاف بين المذاهب ، خاصة الشافعي الذي اعتبره حقا خالصا للعبد .

ما اجتمع فيه الحقان وحق العبد غالب : وهو القصاص من القاتل المتعمد العدوان ان فيه مصلحة عامة ، وهو استتباب الأمن ، ومصلحة خاصة اذ المقتول كان من حقه البقاء والاستمتاع بالحياة ، كما به تهدأ نفس أولياء المقتول ويدل على أن حق العبد فيه غالب ان وجوب القصاص بطريق المماثلة يفيد معنى المقابلة ، وكذلك جريان الارث فيه وجواز الاعتياض عنه بالمال أو بغير مقابل ، وكذا توقفه على طلب ولي الدم[2] .

هذا هو تقسيم الحق كما قسمه الاحناف ومن شايعهم ، الا أن هذا التقسيم غير دقيق[3] لانه لم يعتمد على معيار ثابت ، مما أدى الى بقاء حقوق لم تدخل في أي من هذه الاقسام .

---

1) محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ص 425 . أصول الفقه الاسلامي / ص 72 .
محمد أبو زهرة / المرجع السابق / ص 324 ، محمد رأفت عثمان / المرجع السابق/ ص 19 .

2) انظر تفصيل هذا الحق محمد ابو زهرة الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي دار الفكر العربي 1974 ص 515 وما بعدها ابن رشد / المرجع السابق / ج 2/ ص 440 . المدونة الكبرى للامام مالك بن أنس / رواية الامام سحنون / مكتبة المثنى بغداد 1970 المجلد السادس ص 202

3) محمد رأفت عثمان / المرجع السابق / ص 26

تعالى على حياته وجسمه وعقله الذي به يحصل على ماطلب به من القيام بما كلف به فلا يصح للعبد اسقاطه) (1) .

ينتهي من هذا الى أنه ليس هناك حقا لله وحقا للعبد ، وانما هو هنا حقا واحدا هو حق الله ، ويجيب على هذا (ان القسم الواحد هو المنقسم لأنّ ماهو حق للعبد انما ثبت كونه حقا له باثبات الشرع ذلك له ، لابكونه مستحقا ، لذلك بحكم الأصل ... فأمّا هو لله صرفا فلا مقال فيه للعبد ، واما ماهو للعبد فللعبد فيه الاختيار من حيث جعل الله له ذلك لامن جهة أنه مستقل بالاختيار) (2) .

بعد هذا العرض الموجز لحق الله وحق العبد وتقسيمات حق الله ، نخول لأنفسنا ابداء مايلي :

1 ـ ان ماذهب اليه الشاطبي من أن حق الله على العباد هو امتثال أوامره واجتناب نواهيه ، والمعيار الذي وضعه للتفرقة بين حق الله وحق العبد ، أفضل لأنه يستوعب كل الأوامر والنواهي التي جاء بها .

2 ـ اعتبار حق الله يتعلق بالنفع العام أو يحقق المصلحة العامة ، وهذا مايستفاد من تعبير الشيخ أبو زهرة ، ان حقوق الله تعالى الخالصة ، فهي العبادات الخالصة وكل الامور الاجتماعية التي لايكون فيها اعتداء على حق أحد ولكن يكون فيها اعتداء على المجتمع كالجهاد في سبيل الله ، وكحد الزنى ، وكحد الشرب ، ونفس المعنى ذهب اليه الاستاذ سلام مدكور بقوله بأن الاحناف (يعرفون حق الله بأنه مايتعلق به النفع العام للعالم وحفظ النظام العام فيه ، ونسبته لله على جهة التعظيم والاهتمام به ويعتبر من النظام العام بالتعبير القانوني .. وغير ذلك مما لا يجوز الاتفاق على مخالفته) .

اذا اعتمدنا على رأي الاستاذين بأن حقوق الله تعالى تراعي فيها المصلحة العامة

1) الشاطبي / المرجع السابق / جـ2 / ص 375 ، 376
2) الشاطبي / المرجع السابق / جـ2 / ص 377 ، 378

فانا نرى ان جاز لنا ان نبدي رأيا هنا ، ان أول وأهم حق لله وهو الايمان به وتوحيده ، واقامة الصلاة وايتاء الزكاة الى آخر العبادات تحقق مصالح الفرد بالدرجة الأولى في الدارين، الدنيا والآخرة ، ففي الآخرة يؤدي مراعاة هذه الحقوق والالتزام بها الى عدم التعرض لما يتهدد الكفار والجاحدين ، أما في الدنيا فان المنافع المادية والمعنوية يمكن حصرها ، فالصلاة مثلا وهي الركن الثاني من أركان الدين تنهي عن الفحشاء والمنكر ، وتحقق طهارة الثوب والبدن ، وتكفل التقدير الاجتماعي الى غير ذلك من الفوائد (1) ، وبالنسبة لحد السرقة مثلا : وهو لا يعتبر عبادة خالصة يتعلق بالمال ، ويوقع جزاء للاعتداء على مال الغير ، فالمستفيد هو الفرد ، أي المالك الى جانب الجماعة.

فالاعتماد على المصلحة للتفرقة بين حق الله وحق العبد لا يمكن أن نعول عليه ، ولذلك لا نقر ما ذهب اليه الأستاذ سلام مدكور من أن حقوق الله تعتبر من النظام العام بالتعبير القانوني لأن مضمون فكرة النظام العام غير ثابت ، بينما حقوق الله ثابتة ، ونعتبر ان ما يقابل هذه الفكرة في التشريع الاسلامي هي الحلال والحرام (2) . وكذلك ما ذهب اليه الأستاذ السنهوري من أن حقوق الله وفقا للتقسيم المنسوب للأحناف يحتل منطقة واسعة يتلاقى فيها الدين مع القانون العام (3) ثم القانون الجنائي والقانون المالي ، وحق العبد ما تتعلق به مصلحة خاصة كالدين والضمان فيدخل في منطقة القانون الخاص فهذا التشبيه غير موفق في نظرنا لأن القانون العام وفقا للمعيار الراجح (4) ، هو القانون الذي يحكم العلاقات التي تظهر فيها الدولة كشخص صاحب السيادة ، أو عندما يتعلق الأمر بالسيادة أو تنظيم السلطات العامة فيها ، وحق الله لا يتعلق بهذه الأمور كما رأينا من قبل ، ولأن تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص لا يمكن الاعتماد عليه هنا ، لأنه مفهوم سائد في نظام قانوني معين ، والتشريع الاسلامي نظام قائم بذاته له مفاهيمه الخاصة .

---

1) د . محمد يوسف موسى / الفقه الاسلامي / مدخل لدراسته نظام المعاملات فيه / ط3/ 1958 دار الكتب الحديثة / القاهرة / ص 10
2) أنظر تقسيم المصالح في الشاطبي / المرجع السابق / ج2 / ص 8 ومابعدها .
3) عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق / ج1 / ص 47.
4) انظر معايير التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، ومدى هذه التفرقة / حسن كيره المرجع السابق / ص 58 ومابعدها .

حقوق العبد : اشرنا من قبل الى ان الأحناف يعتبرون ما دون حقوق الله ، هي حقوق العبد ، ويعتبرون من قبيل ذلك كل ما شرع لمصلحة دنيوية خاصة للفرد ، كحق البائع في تملك الثمن واستيفائه ، بينما خالفهم الشاطبي في معيارهم ، اذ ذهب الى أن حق العبد ، هو الحق الذي يمكن اسقاطه والتنازل عنه . ويدخل في هذا النوع الحقوق المالية ، كحق النفقة الواجبة لشخص على آخر كالزوجة على زوجها ، والابن على أبيه ، والقريب المحتاج على قريبه الموسر ، ومنها حق الشفيع في الأخذ بالشفعة لما باعه شريكه أو جاره من عقار ، وحق ميراث الوارث من مورثه ، وحقوق الارتفاقات المختلفة ، وحق البائع في ثمن ما باع ، وحق المشتري في المبيع الذي التزم بثمنه .

والحقوق غير المالية كحق الزوجة في الطلاق من زوجها للأسباب التي تبيح ذلك وحق الأم في حضانة الصغير لفترة معينة ، وحـ ولي الزوجة في فسخ الزواج ، والخيارات المختلفة ، وحق تولي الوظائف الولايات والمناصب ، كالامامة والخطابة والوكالة ، وتقليد الامارة ... الخ .

هذه الحقوق بعضها مالي ، والبعض الآخر غير مالي تورد كما هي في مواضيعها من أبواب الفقه دون اعتماد على معيار للتفرقة ، بينها كحقوق مالية أو غير مالية ، وحقوق عينية أو شخصية ، حسب التقسيم السائد في فقه القانون الوضعي .

لكن هذا لا يعني ان الفقهاء المسلمين لم يحاولوا وضع معيار للتفرقة بينها ، بل العكس من ذلك فقد حاول بعضهم وضع قاعدة عامة ليعول عليها في هذه التفرقة ، واعتمد على الوراثة[1] كضابط للتفرقة بين هذه الحقوق ، من هؤلاء الامام القرافي المالكي رحمه الله الذي ننقل رأيه هنا مثبتين اياه بتعبيره فقال رحمه الله (اعلم أنه يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم

1) الوراثة كمعيار للتفرقة بين الحقوق المختلفة ، اعتمد عليها صاحب مرآة الأصول الملا خسرو للتفرقة بين حق الله وحق العبد ، واعتمد عليها كذلك ابن رجب الحنبلي في كتابه القواعد الا أن كل منهم لم يستخلص قاعدة عامة كالتي انتهى اليها الامام القرافي / راجع تفصيل هذا محمد يوسف موسى / المدخل للفقه الاسلامي ونظام المعاملات فيه / ص 214 ، 215 ، 216 .

انه قال (من مات عن حق فلورثته) وهذا اللفظ ليس على عمومه ، بل من الحقوق ماينتقل منها الى الوارث ، ومنها مالا ينتقل فمن حق الانسان اذا جعل له المتبايعان الخيار ، ان يملك امضاء البيع عليهما وفسخه ، ومن حقه مافوض اليه من الولايات والمناصب ، كالامامة والخطابة والوكالة فجميع هذه الحقوق لا ينتقل للوارث منها شئ وان كانت ثابتة للمورث ، بل الضابط لما ينتقل من الحقوق ، هو ماكان متعلقا بالمال الذي يرثه أو يدفع عنه ضررا في عرضه بتخفيف ألمه وماكان متعلقا بنفس المورث وعقله ورغباته وارادته ، فلا يرث الوارث شيئا منه ، ومن ثم لا يرث الوارث الخيار الذي كان قد جعله المتبايعان لمورثه ، كما لا يرث شيئا من مناصبه وولاياته على ماذكر من قبل) .

ولا تخرج من حقوق الاموال (وهي الحقوق التي لاتورث) الا صورتان فيما علمت وهما : حد القذف وقصاص الاطراف والجراح والمنافع في الاعضاء ، فان هاتين الصورتين تنتقلان للوارث ، وهما ليستا بمال ، لاجل شفاء غليل الوارث بما دخل على عرضه من قذف مورثه والجناية عليه ، وانما قصاص النفس فانه لا يورث ، اذ أنه لم يثبت للمجني عليه قبل موته وانما ثبت للوارث ابتداء لان استحقاقه فرع ، زهوق النفس فلا يقع للوارث الا بعد وفاة المورث .(1)

فما اعتمد عليه الامام القرافي ، يعتبر ضابطا جيدا وقاعدة أساسية يمكن أن نعول عليها بخصوص التفرقة بين الحقوق المالية والحقوق غير المالية ، اضافة الى الخصائص الاخرى كانتقالها بعوض وقابليتها للتعاقد فيها ، وضمانها عند التعدي عليها .

أما تقسيم الحقوق المالية الى حقوق عينية ، وحقوق شخصية وحقوق ذهنية ، فلم يتناوله الفقهاء القدماء ، وان كانوا تناولوا هذه الانواع جميعها حتى الحقوق الذهنية التي تعتبر من وجهة نظر القانونيين من الحقوق الحديثة التي لم تعرف الا في وقت متأخر جدا في المجتمع الغربي .(2)

---

1) القرافي / المرجع السابق / ص 283 ، 285

2) لان الفقهاء لم يقسموا الحقوق الى عينية وشخصية ، الا أن كتاباتهم بخصوص الحقوق العينية الاصلية لا تختلف كثيرا عن الاحكام المقررة في القانون الوضعي ، وكذلك الحقوق العينية التبعية الرهن وحق الامتياز ، والمزايا التي يخولها كل منهما لصاحبه من التقدم والاولوية .

ففي كتابات بعض الفقهاء المسلمين كالقرافي (1) ، اشارات أو أسس أولية لهذا الحق وهذا دليلا كافيا على أن هذا الحق له قيمته في الفقه الاسلامي .

وقد ان هذا هذا التقسيم في الفقه الاسلامي (2) ، يعني الى أن الفقهاء المسلمين لم يهتموا بدراسة نظرية الحق دراسة مستقلة مستفيضة ، هذا جريا على عاداتهم أو منهجهم في البحث الذي يتم على أساس بيان المسائل ، وهي الوقائع الجزئية التي تثور في الواقع ، وقد استمر على هذا فيما بعد عندما اكتمل الفقه ، وظهر الفقه الافتراضي ، ظل البحث منحصرا في نطاق الحوادث الجزئية التي لم تقع ولكن يتصور وقوعها .

وقد حاول بعض المعاصرين تقسيمها اعتماد على منهج فقهاء القانون الوضعي ، ولكن هذه الدراسة في نظرنا هي دراسة قانونية وضعية أكثر مما هي دراسة فقهية اسلامية (3) .

وهناك تقسيم آخر للحقوق ، اذ تقسم الى حقوق محددة وأخرى غير محددة ، وهذا الاتجاه قال به الشاطبي (4) وهو يشمل حقوق الله وحقوق العبد ، والحقوق المالية والحقوق غير المالية .

هذا هو معنى الحق وتقسيماته في التشريع الاسلامي وهي التقسيمات الرئيسية (5) أما التقسيمات الفرعية فلم نتعرض لها ، لأن هذا الجزء من البحث لا يتسع لها ، ولأنها في حاجة الى بحث مستقل بها ، يلم شتاتها ويجمعها في وحدة واحدة تمكن من استخلاص نظرية عامة للحق في التشريع الاسلامي تكمل ما شرع فيه المرحوم الشيخ علي الخفيف الذي وضع بحثا في هذا المضمار تحت عنوان الحق والذمة في الفقه الاسلامي ، وما أوردناه هنا نعتقد أنه يكفي للتعريف بفكرة الحق وتصورها وتقسيمها في التشريع الاسلامي .

1) الدريني / الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب .

2) محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ص 427/ محمد يوسف موسى / الفقه الاسلامي/ مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه / ص 210/ محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق/ ص16

3) من هذه المحاولات كتاب الاستاذ الزرقاء / المدخل الفقهي العام _ الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد ، وكتاب الاستاذ عبد الرزاق السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي/ الاخير درس هذه المصادر دراسة مقارنة بالفقه الغربي ، وهذه المحاولات وان كانت جيدة وكبداية لدراسة التشريع الاسلامي دراسة عصرية ، الا أنها تفتقر للمنهج الخاص بها ، فالتشريع الاسلامي نظام قائم بذاته يجب اختيار منهج يناسبه ويتفق مع مفاهيمه واسسه ومقاصده ، اما اعتماد منهج نظام آخر ربما أدى الى نتائج غير محمودة خاصة والتشريع الاسلامي جزء من

الفرع الثالث : المحكوم عليه أو من يثبت له الحق :

بينا في الفرعين السابقين ان الحكم الشرعي يتكون من ثلاثة عناصر هي : الحاكم ، والمحكوم فيه ، والمحكوم عليه ، وان الحق ينقسم من حيث من ينسب اليه الى حقوق الله وحقوق العبد .

فالمقصود بالمحكوم عليه هو المخاطب بالحكم الشرعي ، وهو الانسان المركب من الروح والبدن ، أي الشخص الطبيعي بالتعبير القانوني (2) وهو الذي يتعلق خطاب الشارع بفعله (1) الذي قد يكون تكليفا أو حقا حسب تعبير الاستاذ الزرقاء ، وقد قصر الفقهاء بحثهم عليه فقط دون أن يتناولوا غيره ـ الشخص الاعتباري ـ لأن الانسان هو الكائن الوحيد الذي يمكن أن ينفذ أوامر الشرع ، نظرا لما خص به من ميزة العقل ، التي تؤهله لفهم مايطلب منه .

هذه الصلاحية والقيام بالتكاليف الشرعية عبر عنها الاصوليون بالأهلية ، والأهلية من الناحية اللغوية تعني الصلاحية لصدور الشئ عنه ، وطلبه منه .

أما في الاصطلاح فقد نقل عن أبي الفضل منلا خسرو (ان الأهلية نوعان أحدهما أهلية الوجوب ، أي صلاحيته ـ المحكوم عليه ـ لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه ، والثاني أهلية الاداء ، أي صلاحيته لصدور الفعل عنه على وجه يعتد به شرعا) (3) .

أما الشيخ محمد أبو زهرة فقد عرفها بأنها (صلاحية الشخص للالزام والالتزام بمعنى أن يكون الشخص صالحا لأن تلزمه حقوق لغيره وتثبت له حقوق قبل غيره ، وصالحا لأن يلتزم

= نظام اجتماعي سماوي ، لايقبل الزلل أو الخطأ . 4) الشاطبي/ المرجع السابق/ ج1/ ص156 .

5) هناك صور للحق أو تقسيمات له سننقلها في الفصل الاول من الباب الثاني عند عرضنا لنماذج القواعد الفقهية من المذاهب المختلفة .

1) أبو زهرة / أصول الفقه / ص 327 . الآمدي / المرجع السابق / ص 215 . محمد سلام مدكور أصول الفقه / ص 75 .

2) لايختلف الاصوليون كثيرا عن القانون في هذه النقطة ، خاصة من حيث بدأ الشخصية الطبيعية والمراحل التي تمر بها ، والحقوق التي تثبت لها في كل مرحلة ، وتمتعها بالاهلية ، أهلية الوجوب وأهلية الاداء وعوارضهما كالسفه والجنون والعتة والغفلة وانقضائها بالموت ، الامر جعلنا نحجم عن التعرض لهذه النقاط لان ايرادها هنا يعتبر في نظرنا من قبل التكرار والحشو الذي لاطائل من ورائه ، والاختلاف الموجود بينهما ، اختلاف بسيط يتعلق ببعض الجزئيات .

3) محمد يوسف موسى / المرجع السابق / ص 220 . السنهوري / مصادر الحق في الفقه الاسلامي ج1 / ص 20 . حمدي عبيد الكبيسي / المرجع السابق/ ص 38 .

بهذه الحقوق ، وبذلك يتبين أن الأهلية ذات شعبتين : احداهما أهلية لأن تثبت له حقوق وان تثبت عليه حقوق . والثانية أهلية لأن ينشأ التزامات على نفسه ، وتصرفات تجعل له حقوقا قبل غيره .

الأولى تسمى أهلية الوجوب ، وهذه تثبت له بمقتضى انسانيته ، فالأصل في ثبوتها كونه انسانا ، والثانية أهلية الأداء ، والأصل في ثبوتها ليس بمجرد انسانيته ، بل الأصل في ثبوتها التمييز .

فأهلية الوجوب اذا ثبتت للانسان لمجرد انسانيته سواء كان صغيرا أو كبيرا ، ذكرا أو أنثى ، ولا يتوقف ثبوتها على اكتمال العقل هذا الوصف اطلقوا عليه الذمة (1) ، وهي أساس أهلية الوجوب التي جعلت الانسان صالحا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات . والذمة وصف تقديري في الانسان به يعتبر أهلا لثبوت الحق له أو عليه ، أو هي معنى شرعي مقدر في المكلف قابل للالتزام واللزوم) (2) .

وقيل بأن هذا الوصف ثبت للانسان بمقتضى ما أخذه الله عليه من العهد قديم الازل بأن يشهد بربوبيته له وأن يمتثل لتكاليفه (3) استنادا الى الآيتين (واذا أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم الست بربكم قالوا بلى أن تقولوا يوم القيامة ان كنا عن هذا غافلين) (4) و(انا عرضنا الامانة على السموات والارض والجبال فأبين أن يحملنها وأشفقن منها وحملها الانسان انه كان ظلوما جهولا) (5) .

فقد اعتبروا هذه الآيات دالة على ان الانسان اخذ العهد على نفسه بأن يمتثل للشرع وربطوا في هذا التفسير بين معاني الذمة اللغوي ، والاصطلاحي ، لأن العهد كما ورد

---

1) محمد أبو زهرة / أصول الفقه / ص . السنهوري / مصادر الحق / جـ1 / ص20 / محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص 384 . محمد يوسف موسى / المرجع السابق / ص 221 . الشيخ أحمد ابراهيم ابراهيم / الاهلية وعوارضها في الشرع الاسلامي / مجلة القانون والاقتصاد العدد 3 / السنة الاولى / ص 352 .

2) الامام القرافي / المرجع السابق / جـ3 / ص226 ، وقد علق على تعريفه للذمة ، صاحب أدرار الشروق على أنواء الفروق ، مطبوع مع الفرق بأن الذمة قبول الانسان شرعا للزوم الحقوق دون التزامها وعلى هذا تكون للصبي ذمة ــ الفروق / جـ3 / ص 230 .

3) محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص383 . محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي هامش 4 / ص 440 ، حيث نقل رأي البزدوي .

4) سورة الاعراف / الاية 171 .

5) سورة الاحزاب / الآية 72

في القرآن في سورة التوبة (كيف وان يظهروا عليكم لا يرقبوا فيكم الاّ ولا ذمة) (1) .

لكن هذا التفسير في بيان أساس الذمة ، لا يستقيم مع كونها صفة ملازمة للانسان في حين يختلف في تفسير هذه الآيات ، فقد ذكر القرطبي بأن هناك خلافا حول الآية الأولى اذ يقصرها رأي من أخذ عهد من الانبياء ، بينما يجعل الرأي الآخر عامة لجميع الناس (2) وبخصوص الآية الثانية ، فذكر بأن هناك خلافا كذلك حول الأمانة ، فقيل بأنها الفرائض التي ائتمن الله عليها العباد ، وقيل بأنها امانات الأموال ، كالودائع وغيرها ، وقيل بأنها من كل الفرائض وأشدها أمانة المال (3) .

وقيل في بيان أصل الذمة (4) أنها خصوصية ميز الله تعالى بها الانسان على غيره من سائر المخلوقات وجعله بها موضع التكليف دون غيره ، وهي ليست العقل وحده ، بل العقل معتبر فيها هو وسائر القوى الانسانية ، فهي من خواص الانسان ترجع الى تركيبه من بدن ونفس ناطقة وعقل ، وقوى ظاهرة وباطنة على هيئته التي أقامه الخالق عليها . ويرى البعض الآخر انه لاحاجة الى افتراض ان للانسان ذمة (5) .

ومهما يكن الامر ، فالثابت أن أساس أهلية الوجوب هي الذمة ، سواء كان سندها العهد الذي قطعه بنو آدم على أنفسهم ، أو غير ذلك ، هي محل لتعلق الحقوق والالتزامات المالية وغير المالية ، بما فيها الالتزامات الدينية الصرفة ، وهي بهذا المفهوم تختلف مع فكرة الذمة عند فقهاء القانون الوضعي ، الذين يقصرونها على الحقوق والالتزامات المالية فقط (6) وتقترب من مفهوم الشخصية القانونية ، بل هي الشخصية القانونية (7) ، لأن الذمة هي الأساس الذي

1) سورة التوبة / الآية 8 . 2) القرطبي / المرجع السابق / جـ4 / ص2750 .
3) القرطبي / المرجع السابق / جـ8/ ص5336 . 4) أحمد ابراهيم ابراهيم / المرجع السابق/ ص352،353
5) أحمد ابراهيم ابراهيم/ المرجع السابق/ نفس الصفحة/ سلام مدكور/ المدخل للفقه/ هامش2/ ص441
6) حسن كيره المرجع السابق/ ص499 . عبد الناصر توفيق العطار/ مبادئ القانون/ ص 260 .
7) عرف الاستاذ حسن كيره الشخصية بأنها صلاحية كائن لان تنسب اليه الحقوق والواجبات أو الالتزامات ، يكفي لوجود الشخصية ثبوت هذه الصلاحية أصلا ، ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والواجبات ، ص 515 . وعرفها الاستاذ عبد الناصر توفيق العطار بأنها (الشخص هو كل من يصلح لان يثبت له حق او يجب عليه واجب ، والشخصية القانونية صفة تثبت في كائن يصلح لان يثبت له حقوق او تتعلق به واجبات / مبادئ القانون / ص 257 .

تستند اليه أهلية الوجوب في الفقه الاسلامي ، والشخصية هي أساس هذه الاهلية عند فقهاء القانون الوضعي ، مع اختلاف يتمثل في أن القانونيين لا يقصرون الشخصية القانونية على الشخص الطبيعي – الانسان – وانما يمدونها الى تجمعات الاشخاص والاموال ، كالشركات والجمعيات اذ يثبتون لهذه التجمعات شخصية مستقلة متميزة عن شخصية الافراد الذين ينتمون اليها في حين يقصر الفقهاء المسلمين الذمة على الآدمي فقط .

فتجمعات الاشخاص والاموال تسبغ عليها الشخصية القانونية ، وتعامل على هذا الاساس لافرق بينها وبين الشخص الطبيعي باستثناء مايتميز به الانسان من صفات تقتصر عليه لكن عندالفقهاء المسلمين الذمة تقتصر على الآدمي وحده ، ولكن هذا الاصل لا يؤدي الى عدم الاعتراف ببعض الحقوق لغير الانسان ، وكذلك تحمله للالتزامات ، لان مسلك الفقهاء لا يدل على تمسكهم بالاصل الذي ارتضوه ، وهو أن الذمة وصف يقتصر على الانسان ، فقد أثبتوا حقوقا ورتبوا التزامات على بعض الجهات ، من ذلك اعتبارهم بيت المال وارثا لمن لا وراث له ، ويشير بعض الشراح الى أن هناك اجماعا من قبل جمهور الفقهاء على هذا ، الا أن المسألة لاتحتاج في نظرنا الى حصول اجماع ، بقدرماتحتاج الى اثبات عدم تقيد الفقهاء بالاصل المشار اليه آنفا ، فالكتب الفقهية المختلفة من جميع المذاهب يمكن العثور فيها على هذا ، فالشيرازي مثلا وهو من اتباع المذهب الشافعي نص على أن بيت المال وارث لمن لا وارث له بقوله (ان مات رجل ولم تكن له عصبة ، ورثه المولى ، المعتق ، كما ترثه العصبة ، على ماذكرناه في باب الولاء ، فان لم يكن له وارث ، نظرت فان كان كافرا صار ماله لصالح المسلمين ، وان كان مسلما صار ماله ميراثا للمسلمين لانهم يعقلونه ، اذا قتل فانتقل ماله اليهم ميراثا كالعصبة ، فان كان للمسلمين امام عادل سلم اليه ليضعه في بيت المال لمصالح المسلمين)(1)

وهذا الفقيه لم يكتف بتقرير هذا الحق لبيت المال ، وانما أثبت التزام هذه الجهة بالنفقة على من لاعائل له ، وهو بصدد تقرير واجب اعفاء الاب المحتاج الى النفقة بسبب الفقر أوالجنون.

---

1) أبو اسحاق ابراهيم بن علي الشيرازي / المهذب / الناشر: عيسى البابي الحلبي / القاهرة بدون تاريخ / ج 2 / ص 30 .

وفي الفتاوى الهندية عددت موارد بيت المال ، وهي زكاة السوائم ، والعشور ، وخمس الغنائم ، والمعادن ، والركاز ، الخراج ، والجزية ، تركة الميت الذي مات ولم يترك وارثا .[1]

وبينت أوجه صرف هذه الموارد ، وهي عطايا المقاتلة ، وسد الثغور ، وبناء الحصون ومراصد الطرق ، واصلاح القناطر ، وارزاق الولاة وأعوانهم ، والقضاة والمفتين والمحتسبين والمعلمين والمتعلمين ، نفقة المرضى وأدويتهم ، كفن الموتى الذين لامال لهم ، اللقيط ، وعقل جنايته ، نفقة من هو عاجز عن الكسب وليس له من تجب عليه نفقته .

وبخصوص الوقف ، فقد نقل الاستاذ محمد يوسف موسى ، عدة آراء لعدة فقهاء ،[2] نفى بعضهم الذمة عنه ، ومع ذلك اعترف له بأهلية وجوب ، من هؤلاء صاحب تنقيح الحامدية الذي ذهب الى ان (الوقف لاذمة له ، وان الاستدانة من القيم لاتثبت الدين في الوقف ، اذ لاذمة له ، ولايثبت الدين الا على القيم ، ويرجع به على الوقف وورثته تقوم مقامه في الرجوع) .

وصاحب هذا الرأي لم يتقيد به اذ صرح بأن (للمسجد وقف ، فاذن الناظر لحصر أن يكسو المسجد ، ويكون ثمن الحصير ريع الوقف ، فحصل ، وعزل الناظر ، ثم تولى ناظر آخر وهو الى الآن ناظر ، والناظر الأول لم يتناول من ريع الوقف شيئا ، فهل يلزم الناظر الثاني تخليص حق الحصري ودفعه له من ريع الوقف ؟ أم يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل ؟ الجواب يلزم الثاني تخليص حق الحصري ودفعه له من ريع الوقف ، ولا يلزم ذلك الناظر الأول حيث عزل .

ونقل عن الشيخ زكرياء الانصاري الشافعي صاحب أسنى المطالب على روح الطالب وعن الرملي مايلي : (فللقيم على المسجد أو بيت المال الاخذ بالشفعة لهما بسبب الشركة في ملكية العقار المبيع ان وجد في ذلك المصلحة لهما) و (لوكان للمسجد شقص أي نصيب من أرض مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ، ثم باع شريكه نصيب في تلك الارض ، فللقيم على

1) الفتاوى الهندية في مذهب الامام الاعظم أبي حنيفة النعمان/ تأليف جماعة من علماء الهند ، الناشر دار احياء التراث العربي/ بيروت/ ط3/ 1980/ ص 190 ، 191
2) هذه الآراء الموضوعة بين قوسين اوردها الاستاذ محمد يوسف موسى/ وأثبت المراجع في الهامش وقد نقلتها عنه كما هي ، لتعذر الرجوع الى هذه المصادر راسا ، وهي مثبتة في الصفحات 212 الى 222

مشتركة مملوكة له بشراء أو هبة ليصرف في عمارته ، ثم باع شريكه نصيبه في تلك الأرض ، فللقيم على المسجد أن يشفع ويأخذ حصة الشريك بالشفعة ، ان رأى في ذلك مصلحة ، كما لو كان لبيت المال شريك في أرض فباع شريكه نصيبه فيها ، فللامام الأخذ بالشفعة ان رآه مصلحة) .
كما نقل عن الشيخ عليس المالكي ان (للسلطان باعتباره ناظر بيت المال أن يأخذ له بالشفعة اذا كان شقص بسبب ميراث مثلا ، عندما يبيع الشريك) .

فهذه الفروع تدل على الاعتراف لبيت المال وللوقف بذمة مالية ، تستوعب مايدخل فيها من حقوق مالية ، بأسباب اكتساب هذه الحقوق ، الارث ، الشفعة ، الوصية ، الهبة حتى الحيوان اعترفوا له ببعض الحقوق ، فقد أوجب بعض الفقهاء نفقة الدابة على مالكها ديانة وأثبتها البعض الآخر منهم ديانة وقضاء (1) .

فقد ذكر الشيرازي (ان ملك بهيمة لزمه القيام بعلفها ، لما روى ابن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فدخلت فيها النار ، فقيل لها والله أعلم لاأنت أطعمتها وسقيتها حين حبستها ، ولاأنت أرسلتها حتى تأكل من خشاش الأرض حتى ماتت جوعا ، ولا يجوز له أن يحمل عليها ما لا تطيق لأن النبي صلى الله عليه وسلم منع أن يكلف العبد مالا يطيق فوجب أن تكون البهيمة مثله ولا يحلب من لبنها الا مايفضل عن ولدها لانه غذاء للولد فلا يجوز منعه . وان امتنع من الانفاق على رقيقه أو على بهيمته أجبر عليه كما يجبر على نفقة زوجته وان لم يكن له مال أكرى عليه ان أمكن اكراؤه ، فان لم يمكن بيع عليه كما يزال الملك عنه في امرأته اذا اعسر بنفقتها) (2) .

وقالوا ان اللقطة ان كانت في حاجة للانفاق عليها والا هلكت ، أنفق عليها من بيت المال وكان ما انفق دينا على صاحب اللقطة لبيت المال (3) .

وقالوا بخصوص وجوب النفقة على البهيمة ، أنها تكون بدعوى حسبه ترفع من أي شخص

---
1) أحمد ابراهيم ابراهيم / المرجع السابق / ص355 . محمد سلام مدكور/ المدخل للفقه/ ص442
2) الشيرازي/ المرجع السابق/ ج2/ ص168 ، 189 . 3) سلام مدكور/ المدخل للفقه/ ص442

اذا اهمل صاحبها الانفاق عليها والاحسان اليها ، فاذا لم يأتمر بيعت عليه جبرا .(1)

هذه النصوص وغيرها ، تدل على أن الفقهاء ، وان كانوا يقصرون(2) الاعتراف بالذمة على الانسان فقط ، الا أن هذا الاصل لم يتقيدوا به ، فقد اثبتوا حقوقا والتزامات لغير الانسان وهذا يعني أهلية وجوب حكمية ، واعتراف ضمني بالشخصية الاعتبارية ، ولعل عدم اعتراف الفقهاء بالذمة لغير الانسان يعود الى تغليبهم للجانب الديني الممثل في التكاليف الدينية الصرفة التي تطلب من الانسان فقط ، لما خص به من مزايا جعلته أهلا لتحمل الامانة ، أما غيره فلا تطلب منه ، ولكن هذا لا يمكن ان نعتمد عليه كثيرا ، لأن التكاليف الشرعية يطالب بها الانسان في مرحلة معينة من حياته ، وليس في جميع مراحلها ، أما الحقوق والتكاليف المالية تثبت له بمجرد تكوينه .

ويمكن أن نضيف الى ماسبق ، ان الفقهاء وخاصة في عصر الاجتهاد ، لم يفرض عليهم الواقع بلورة فكرة الشخصية المعنوية ووضعها في اطارها ، كما حدث لفقهاء القانون الوضعي الذين قالوا بها استجابة لمطالب التطور الذي اقتضى منهم الاعتراف بها ومنحها مايلزمها لتحقيق اغراضها ، ويؤيد هذا الاختلاف الكبير بينهم في(2) تبرير وجود الشخصية المعنوية ، ورغم استقرار هذه الفكرة والاخذ بها على نطاق واسع ، الا أن القضاء الفرنسي مازال مترددا في معاملة الاشخاص الاعتبارية على قدم المساواة .(3)

ننتهي من كل ماسبق ان الحق في التشريع الاسلامي يثبت للانسان فقط ، وإن كان هناك اتجاه الى الاعتراف لغير الانسان بالحقوق المالية ، الا أن هذا الاتجاه محدود جدا لا يمكن الاعتماد عليه لتقرير الحقوق لما لم يرد ذكره ، لكن يمكن اعتباره كأساس للبحث الذي يتتبع الفروع في مختلف كتب الفقه بصرف النظر عن المذهب الذي تنتمي اليه وحججها والاعتماد على السبل والمسالك المختلفة لمعرفة أحكام الشرع ، كالقياس والاستحسان والتركيز على المصلحة كمقصد من مقاصد الشريعة الغراء . فاذا تم هذا فانه لامحالة سيفضي الى نتيجة باهرة هي تأصيل نظرية الشخصية الاعتبارية في التشريع الاسلامي .

1) أنظر مصطفى أحمد الزرقاء / المرجع السابق/ ج3/ ص 256 الى 264 .
2) أنظر هذا الاختلاف / فتحي عبد الصبور / الشخصية المعنوية للمشروع العام .
3) JEAN VINCENT procedure civil I6éme Editions Paris I973.P.43.44.

المبحث الثاني

أسس ومقاصد التشريع الاسلامي

التشريع الاسلامي تشريع سماوي ، جاء كخاتمة الرسالات ، والشرائع السماوية للناس على اختلاف أجناسهم والوانهم ، وبيئاتهم ، وأحكامه واجبة في حق الجميع الى آخر ، تحقيقا لهذا أقيم على أسس ، تتفق مع هذه العمومية ، وتساير هذا الشمول الاختلاف في البيئات والازمان ، وتحقق غايات اجتماعية لاغنى للانسان أو للمجتمع عنها واحد في ظل كيان سياسي واحد ، وخضع لهذا التشريع ، أم توزع بين كيانات مختلفة .

فهو كتشريع لم يفرط في التكاليف الى حد يتجاوز المعقول ، ويلقى النفور من المطبين به ، اذا لم يلق على عاتقهم اعباء لا يطيقون القيام بها ، وتؤدي الى عدم امتثال . فقد قلل من التكاليف والاعباء الى حد كبير جدا ، والمحظور الوارد فيه اقتصر على أفعال محددة على سبيل الحصر ، وحتى هذه التكاليف القليلة أفسح المجال فيها ما يطرأ على المخاطب بها ، من عدم استقرار حالته وعدم الاستطاعة ، حيث يخفف عنه الى درجة الاعفاء الكلي ، وأحيانا يكون جزئيا تبعا لحاجته . فقلت التكاليف والترخيص المقلل منها هي الاساس الاول الذي أقيم عليه التشريع وقد عبر عنها بالتيسر وعدم الحرج .

ولما كانت هذه التكاليف قليلة ، فقد الزم بها الجميع على قدم المساواة ، لافرق بل هم سواسية أمامها كأسنان المشط في معاملتهم من حيث الجزاء الذي ينال من عمل أو من خالفها لافرق بين ذكر وأنثى وبين غني وفقير . فالعدل والمساواة هي الاساس الذي يقوم عليه التشريع .

المساواة والعدل كأساس أدت الى اختصاص كل مكلف بالسهر على احترام تطبيق التكاليف والالتزام بها ، سواء كان فردا أو جماعة معينة ، وانما جميع المسلمين مطالبين ، فهم أولياء لبعضهم البعض يسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم كما جاء

في الحديث الشريف .

فالتيسر وعدم الحرج ، والمساواة ، والمساواة والعدل ، وولاية المسلمين لبعضهم لبعض ، هي أسس التشريع الاسلامي ، وان كان البعض يضيف اليها أسسا أخرى ، كالنسخ (1) والتدرج في التشريع ، ولكنا لانعتبرها كذلك ، لانها أسس ظرفية ، ظهرت في مرحلة معينة في مرحلة النبوة ، ولما اكتمل التشريع ، وأصبحت أحكامه نهائية لاتقبل الزيادة والتعديل بنزول آخر آية في القرآن في حجة الوداع ، وكانت خاتمة الوحي وانتهاء النبوة كذلك ، بعد هذا العصر ، أصبح التشريع الاسلامي يؤخذ كما هو دفعة واحدة ، وليس على مراحل كما أن المكلف لاينتظر تغيير ، بل يقبل عليها على أساس انها دائمة ، خلاف التيسير وعدم الحرج ، والمساواة التي تعتبر صفاة ملازمة له .

هذا من حيث الاسس ، أما من حيث الغاية ، فقد جاء التشريع الاسلامي ، لتحقيق أغراض وأهداف ، لاغنى للمجتمع الانساني عنها ، وبدونها تستحيل الحياة ، وتتخرم الامور هذه الغاية ، يطلق عليها الاصوليون ، مقاصد الشريعة ، وتتمثل في مصالح الجماعة والفرد .

وسوف نتعرض لهذه الاسس ، والمقاصد في فرعين .

النسخ في اصطلاح الفقهاء رفع الحكم الشرعي لدليل شرعي آخر متأخر وذلك مراعاة لصالح العباد ، وتيسيرا عليهم ، وقد أجمع العلماء على وقوعه ، ولم يخالفهم الا أبو مسلم الاصفهاني .
راجع في ذلك مصطفى زيد / النسخ في القرآن / رسالة دكتوراه / ط1 / 1963 / دار الفكر العربي / القاهرة / .
الامدي / المرجع السابق / جـ3 / ص 146 الى 254 .

وهذه النصوص تنطق بهذا الأساس ولا تقتصر على الناحية النظرية الصرفة ، وانما لها مظاهر عملية محددة تتبدى في :

ـ قلة التكاليف : دل الاستقراء ان التكاليف الشرعية قليلة جدا ، سواء كانت أمرا بإتيان فعل أو الامتناع عنه .(1)

فالواجبات بصفة عامة والعبادات بصفة خاصة قليلة ، تنحصر في الصلاة وهي خمس أوقات موزعة بين الليل والنهار في أوقات متباعدة نوعا ما ، تناسب جميع الناس ، ولم يشترط أن تؤدي في الوقت المحدد بدقة ، واذا فات الميعاد سقطت وانما جعلت موسعه ليستطيع كل انسان أن يقوم بها في الوقت المناسب له ، كما لم يشترط أن تتم في مكان معين بالذات ، وانما يصح باقامتها في أي مكان بشرط أن يكون طاهرا فقط .(2)

واذا كان الانسان لا يستطيع أدائها على النحو المطلوب ، فانه يستطيع أن يؤديها بالكيفية التي يطيقها ولا يلحقه ضرر ، واذا تعذر عليه ذلك يستطيع أن يؤجلها الى وقت آخر حتى يزول العذر الذي حال بينه وبين القيام بها .

والصوم شهر لمدة شهر واحد في السنة في وقت محدد من طلوع الفجر الى غروب الشمس ، بشرط القدرة والاستطاعة ، فان لم يتحقق ذلك فانه يجوز الافطار على أن يقضي في الوقت الذي يمكنه ذلك .

والزكاة فرض على المال النامي الذي يحول عليه الحول ، وفرضت بنسبة ضئيلة يستطيع الواجد دفعها دون مشقة .

---

(1) امر الشرع باتيان أفعال معينة الواجبات ، ونهى عن أشياء معينة ، وهذه واردة على سبيل الحصر ، وترك أشياء أخرى دون النص عليها ويطلق عليها المباح ، وهذا يحتم قسم من اقسام الحكم التكليفي ، وقد بنى عليه الاصوليون قاعدة الاصل في الاشياء الاباحة ومقتضاها الا يحرم الا ما ورد نص بتحريمه / استنادا لقوله تعالى / قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده والطيبات من الرزق / الاعراف

(2) ناقش الاصوليون هذه المسألة تحت عنوان الأوامر أعلى الفور هي أم على التراخي وذهبوا في ذلك مذاهب كثيرة ، كجواز تقديمها وتأخيرها الى غير ذلك / راجع في هذا ابن حزم / الاحكام جـ3 / ص45 ومابعدها / والامدي / المرجع السابق / جـ2 / ص242 ومابعدها

تطبيقا للعدل والمساواة ، وتقديرا لمسؤوليته في اقامة الحدود ، وعدم تمتعه بحق العفو أو اسقاط العقوبة ، وعمر بن الخطاب طبق الحدود على ابنه ، أبا شحمة الحد في الشرب .(1)

وفي الحقوق المالية أوجب التكافؤ بين العوضين في عقود المعاوضة وحرم الربا قليله أو كثيره ،(2) واشترط الفقهاء تبعا لهذا أن يكون المعقود عليه موجودا ، أو أن يكون مقدورا على تسليمه ، لأنه ان لم يكن موجودا بل كان ممكن الوجود مستقبلا لاحتمل الا يوجد ، أو أن يوجد على نحو غير الذي رغب فيه المشتري ، فلا يتحقق التكافوء بين العوضين .

وفي باب القضاء والشهادة الزمت المساواة بين المتخاصمين والشهادة لله ولو كانت هذه الشهادة ضد الشاهد نفسه ، قال تعالى (يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين أو الاقربين ان يكن غنيا أو فقيرا فالله أولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا وأن تلووا أو تعرضوا فان الله كان بما تعملون خبيرا)(3) ، وقيل في ذكر مناسبة هذه الآية(4) ، ان خصمان اختصما للنبي صلى الله عليه وسلم ، وكان احدهما فقيرا والآخر غنيا ، فمال الرسول صلى الله عليه وسلم الى الفقير لكونه الطرف الضعيف ، فنزلت هذه الآية توجب التجرد المطلق في القضاء والشهادة ليتحقق العدل .

ورسالة عمر بن الخطاب لأبي موسى الاشعري في القضاء التي تعتبر دستورا للقضاة في كل زمان ومكان ، ماهي الا تطبيقا لما ورد في كتاب الله .

هذه اشارات موجزة الى أن العدل والمساواة ، أصل في التشريع الاسلامي ، ولما كان العدل كأساس يؤدي الى المساواة من الشكر والجزاء ، وهو الواجب الا أنه قد يفضي في بعض الاحيان الى التكليف بما لا يطاق ، لذلك أردف العدل بالاحسان ، أي التخفيف من(5)

1) مصطفى شلبي / المرجع السابق/ ص97 .
2) محمد الحسيني حنفي/ المرجع السابق / ص223
3) سورة النساء / الاية 135 .
4) القرطبي/ المرجع السابق/ ج5 .
5) عبد السلام الترمانيني/ مجلة القانون والشريعة/ ص264 ، 265/ حيث نقل تفسير الزمخشري لمعنى الاحسان بأنه التخفيف من تفريط العدل ، وذكر بأن هذا الرأي قال به الرازي وابن كثير .

تفريط العدل ، والاحسان يقابل فكرة العدالة في القوانين الوضعية ، وهي مقررة في التشريع الاسلامي ذاته لا تلتمس في مصادر خارجية مبهمة وغير محددة كمبادئ العدالة وقواعد القانون الطبيعي (1) . والاحسان هو تلطيف الحكم ليصير ملائما للحالة واخضاعها له ، بحيث لا يؤدي الى الارهاق أو الحرج ، وهو ملاحظ في جميع الأحكام .

فبالنسبة للأحكام الدينية الصرفة ، الزم الجميع بها واستثني من الخضوع لها من ليس أهلا لذلك ، كالصبي والمجنون لعدم ادراكهم ، وفي حالة توافر الادراك ، الا أن حالة المكلف طرأ عليها طارئ يجعله غير قادر على ذلك ، فانه يعفى من ذلك ، كاعفاء الحائض من الصلاة ، والفقير من الزكاة ، والعاجز ماليا وجسديا عن الحج .

وفي حقوق العبد في حق الأسرة أوجبت على الزوج النفقة والمعاشرة باحسان ، وأوجبت على الزوجة الطاعة ، وأوجبت النفقة على الأقارب ، وقابلت هذا الواجب بالاعتراف بحق وراثة القريب الذي كان يجب الانفاق عليه لو احتاج الى ذلك ، وقد استنبط منها الفقهاء قاعدة فقهية جليلة تشمل جميع المجالات ، هي قاعدة الغنم بالغرم (2) ، أو الخراج بالضمان .

والاحسان أو العدالة بالمفهوم القانوني هي أساس نظرية الضرورة (3) ، وما تفرع عنها من قواعد فقهية أساسية ، سنتعرض لها في القسم الثاني من هذا البحث .

---

1) علال الفاسي / المرجع السابق / ص 51
2) هذه القاعدة تقابل قاعدة مسؤولية المتبرع عن أفعال تابعة .
3) نظرية الضرورة تقابل نظرية الظروف الطارئة ، وهذه النظرية في المجال القانوني ذات أصل الماني ، أخذها القضاء الفرنسي الاداري ، أما القضاء العادي فرفض الأخذ بها وقد تأثر به الفقه المصري ، وقد أشرنا الى هذا الموقف في الفصل الاول من البحث .
أما في التشريع الاسلامي ، فقد درسها الأستاذ الترمانيني دراسة مقارنة ، ونشرها في كتاب أشرنا اليه في الفصل الأول .

معينين ، وان تكون ملائمة لمقاصد الشريعة ، فتدفع الحرج ولا تعارض حكما ثبت بنص أو اجماع .
وقد قسمها الفقهاء من حيث اعتبار الشارع لها أو عدم اعتبارها الى :

1 ـ مصالح معتبرة : وهي المصالح التي نص الشارع على اعتبارها ، وقد جمعها حجة الاسلام الغزالي ، والاصولي المحقق الشاطبي في حفظ الدين ، والنفس والعقل ، والمال والنسل والشرف والاعتبار (1) .

2 ـ مصالح ملغاة : وهي التي نص الشارع على عدم اعتبارها ، لانها تتعارض مع المصالح الحقيقية كمصلحة قيام نظام الفوائد الربوية ، فان الشارع نص على الغائها وعدم اعتبارها بتحريمها ، وهذه لاخلاف على عدم جواز العمل بها ، لانها تتنافى مع الشرع الاسلامي القائم على العدل والربا نوع من أنواع الظلم ، اذ فيه استيلاء على المال بدون وجه حق .

وكمصلحة الفئة المحتكرة في احتكار السلع وبيعها في وقت الازمة بأسعار مرتفعة لشدة الحاجة اليها ، فقد قال الرسول صلى الله عليه وسلم (لايحتكر الا خاطئ) و (المحتكر ملعون) (2) .

3 ـ مصلحة مرسلة : وهي المصلحة التي لم يرد نص باعتبارها أو الغائها ، واعتبرت مصلحة ، لأن ترتيب الحكم عليها من شأنه أن يحقق مصلحة للناس لم ينه عنها الشارع (3) .

ومن أمثلتها جمع القرآن في مصحف واحد ، وابقاء عمر رضي الله عنه أرض الشام والعراق ومصر في أيدي أصحابها ووضع الخراج عليها ، وتدوين الدواوين وسك النقود ، وانشاء ديوان المظالم ، وقد مثل لها البعض بقانون الجمارك الذي تسنه الدول في الوقت الحاضر حماية لاقتصادها من التهريب منها واليها ، وحماية الاقتصاد الوطني من المنافسة المشروعة وغير المشروعة . وحماية السيادة الوطنية ، بتنظيم الدخول والخروج من والى الدولة

---

1) قال الغزالي (ان جلب المنفعة ، ودفع المضرة مقاصد الخلق ، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، وأنفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الاصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الاصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة/ المستصفى جـ1 ص 287 . 2) حمد عبيد الكبيسي / ص 238/ نقلا عن العسقلاني ، والشوكاني .
3) سلام مدكور/ المرجع السابق/ ص 176 . حمدي عبيد الكبيسي / ص 239 .

بجواز السفر (1).

والنوع الاخير اختلف الفقهاء في بناء الاحكام عليه ، فمنهم من اعتمد عليها كأساس عام ، كالطوفي (2) من الحنابلة ، ومنهم من عمل بها على نطاق معتدل كالحنفية والمالكية وأكثر الحنابلة ، ومنهم من أخذ بها في نطاق ضيق كالشافعية ، ومنهم من رفض الاخذ بها أصلا كالظاهرية والجعفرية .

هذا هو تقسيم المصالح ، أما ترتيبها من حيث أهميتها ، فقسموها الى مصالح ضرورية ، ومصالح حاجية ، ومصالح تحسينية (3).

فالمصالح الضرورية هي المصالح التي يبنى عليها النظام الاجتماعي ، وتستحيل الحياة المشتركة بدونها (4). فاذا اختلت اختل معها هذا النظام ، وسادت الفوضى ، هذه المصالح هي حفظ الدين ، والنفس ، العقل ، المال ، النسل .

وقد أثبت الاستقراء ان هذه الاصول الخمسة راعتها الشريعة بأن أوجدتها وحافظت عليها ، أي وفرت لها الحماية اللازمة حتى تستمر وذلك بمنع الاخلال بها . وهذه الاصول الخمسة مرعية في الملل الاخرى (5)، كما تعتبر هدفا للقوانين الوضعية .

أما المصالح الحاجية فانه لا يترتب على فقدانها اختلال نظام الحياة واستحالة العيش المشترك (6) وانما يترتب عليها الضيق والحرج ، أي المعاناة الشديدة ، وهذه راعتها الشريعة بالرخص المختلفة ففي العبادات رخصت بالافطار للمسافر والمريض ، وأجازت جمع الصلاة جمع

---

1) حمدي عبيد الكبيسي / المرجع السابق / ص339

2) هو سليمان بن عبد الكريم بن سعيد الطوفي البغدادي الملقب بنجم الدين (673 ، 716هـ) صاحب رسالة مشهورة في المصلحة بحثها الدكتور مصطفى زيد في دراسة نال بها شهادة الماجستير تحت عنوان ـ المصلحة عند الفقهاء المسلمين ونجم الدين الطوفي .

3) هذا التقسيم يعزى للشاطبي ، وهناك تقسيم آخر لعز الدين بن عبد السلام ، راجع للاول الموافقات ج2 ، وللثاني قواعد الاحكام في مصالح الانام / تحقيق محمود بن تلاميذ الشنقيطي / الناشر: المكتبة الحسنية / القاهرة / ط 1 / 1934.

4) الشاطبي / الموافقات/ ج2/ ص8 ومابعدها .

5) الشاطبي / المرجع السابق/ ص10. الغزالي/ المستصفى/ ج1/ ص288.

6) الشاطبي / المرجع السابق/ ص10 ، 11

تأخير الى آخر الاعذار التي بحثها الفقهاء ، وأباحت تناول المحرمات ، كالميتة ولحم الخنزير وشرب الخمر في حالة الضرورة القصوى ، أي في حالة الاشراف على الهلاك أجيزت للمحافظة على أصل الحياة .

وفي العادات أباحت تناول الطيبات ، وفي المعاملات أباحت أنواع العقود المختلفة ، كالبيع . مصالح تحسينية ، وهذا النوع لا يترتب عليه انعدام النظام ، أو المعاناة أو الحرج ، وانما تحقق ما يليق بمكارم الاخلاق ، كالتزين بأفضل أنواع الزينة ، وآداب الأكل والشرب ، والاسراف ، والتقتير ، وكل هذه المراتب ينظم فيها ما يكملها ويتممها ، ولكن (1) بشرط ان الامر التكميلي لا يخل بحكمتها الاصلية (2) .

ففي الضروريات يعتبر التماثل في القصاص تكميلي لانه ليس ضروريا ، وكذلك نفقة المثل ، وأجرة المثل ، والمنع من النظر الى الاجنبية وشرب قليل المسكر ، ومنع الربا والاشهاد في البيوع .

أما في الحاجيات ، كاعتبار الكفء ومهر المثل الصغيرة ، فان كل ذلك لا تدعو له حاجة مثل الحاجة الى أصل النكاح ، والاشهاد والرهن من باب التكملة ، ومن ذلك الجمع بين الصلاتين في السفر الذي تقصر فيه الصلاة .

أما في التحسينات كآداب الأحداث ، ومندوبات الطهارات ، والانفاق من طيبات المكاسب والاختيار في الضحية (ما يضحى به في العيد) والعقيقة (الوليمة التي يقيمها الأب لمولود ه الجديد عند اليوم السابع) والعتق .

والمصالح الضرورية هي أصل للحاجيات والتحسينات . فاذا اختل الضروري اختل (3) باختلاله الحاجي والتحسيني ، ولكن اختلالهما لا يؤدي الى اختلال الضروري .

---

1) الشاطبي/ المرجع السابق / جـ 2 / ص 11
2) الشاطبي/ المرجع السابق/ ص 12 ، 13
3) الشاطبي / المرجع السابق/ ص 16

ولكن يجب المحافظة على الضروري ، وكذلك الحاجي والتحسيني ، اذا ثبت ان التحسيني يخدم الحاجي ، وان الحاجي يخدم الضروري ، فان الضروري هو المطلوب . ويترتب على هذا مايلي :

1 ـ ان الضروري أصل للحاجي والتحسيني .

2 ـ ان اختلال الضروري يلزم منه اختلال الباقين باطلاق .

3 ـ انه لا يلزم من اختلال الحاجي والتحسيني اختلال الضروري .

4 ـ انه قد يلزم من اختلال التحسيني باطلاق أو الحاجي باطلاق ، اختلال الضروري .

5 ـ يجب المحافظة على الحاجي والتحسيني للضروري .

وهذا التقسيم موجود ومعمول به في بعض فروع القانون ـ القانون المدني ـ حيث يفرق بين الضروري والنافع والكمالي ، ولكنه ليس على هذه الدرجة من الدقة والوضوح والشمولية اذ لا توجد قاعدة عامة تجمعها ، مثل ماهو عليه الأمر في أصول الفقه الاسلامي ، وهذا يعود في نظرنا الى عدم تحديد الهدف من القانون ، واتفاق الشراح على هذا الهدف ، اذ يتأثرون بالاتجاه الفكري الذي يعتنقونه ، وهذه الاتجاهات متباينة ، فالاتجاه الاشتراكي المادي ، يختلف عن الاتجاه الليبرالي المثالي .

وان كان النظام العام ومبادئ القانون يعتبر كل منهما ، مقابلا لمقاصد الشريعة ولكنها ليست في مستواها ، اذ تعوزهما الدقة والوضوح فكل منهما عبارة عن فكرة ، مرنة ، هذه المرونة تخل بالثبات الملاحظ في مقاصد الشريعة .

بعد هذا نستعرض كيفية محافظة الشريعة على الأصول الاخمسة المشار اليها من قبل ، لكننا نقتصر على أصل واحد وهو المال ، لأن بحثنا يتعلق بالقانون المدني ، وهو القانون المتعلق بالأموال .

يعتبر المال محورا من محاور القانون بصفة عامة ، والقانون المدني بصفة خاصة ، وهو

المستحق الحجر بتضييعه ماله وفساده وافساده وسوء تدبيره ذلك .(1)

وأمرت بحفظ الضعفاء غير الراشدين حتى يبلغوا أي حتى يدركوا سن الرشد (وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولا تأكلوها اسرافا . . . فان دفعتهم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم وكفى بالله حسيبا)(2) ، ففي هذه الآية أمر الله القوام بالمحافظة على أموال اليتامى ، أي القصر الذي لاولي لهم يرعى مصالحهم المالية ويديرها ويحافظ عليها ، وأن تستمر هذه المحافظة الى حين بلوغ سن الرشد ، ولا يطبق هذا الامر تطبيقا آليا ، أي لمجرد بلوغ سن الرشد بل يطبق تطبيقا مرنا عن طريق التأكد من نضجهم العقلي الذي يتحقق عن طريق الاختيار ، فاذا بدا منهم العقل والصلاح في الدين دفعت اليهم أموالهم ، واذا تخلف الرشد استمرت القوامة ، أي الحجر .

واذا كان القيم فقيرا واحتاج الى مال الصغير المحجور عليه ، جاز له ذلك بشرط أن يرد ما أخذ عند يساره .

وعند ظهور رجاحة عقل اليتيم وقدرته على ادارة أمواله ، أمر بدفع ماله ، وأمر بالاشهاد على ذلك .

ثم بعد ذلك أرشدت الى ضرورة المحافظة عليه أي المال ، وانفاقه في أوجه الخير فحذرت من التبذير لانه عدو المال واعتبرته من عمل الشيطان (ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين ، وكان الشيطان لربه كفورا) فالآية تنهي عن انفاق ما أعطى الله من أموال في معصيته أي في غير الحق وفي الفساد .(3)

ولكن هذه المحافظة لم تحث عليها لمجرد المحافظة والكنز من أجل حبسه عن التداول

---

1) ذكر الطبري عدة أقوال في معنى السفهاء الوارد في الآية فقيل هم النساء والصبيان ، وقيل اليتامى والنساء ، وقيل الصغار والنساء ، وقيل السفيه كان له على رجل دين فلم يشهد عليه ، ورجح الرأي الذي اتيناه في المتن / أنظر للمؤلف / جـ4 / ص245 ، 246 ، 247 .
2) سورة النساء/ الآية 6 . وقد ذكر عدة أقوال في معنى الابتلاء ثم رجح الرأي الذي أوردناه في المتن / جـ4/ ص251 ، 252 ، 253 الى 161 .
3) سورة الاسراء / الايتان 26 ، 27 والمعنى للطبري / جـ15 / ص72 ، 73 ، 74

وانما أمرت بسلوك وسط ، فالتبذير فيه مضيعة للمال ، وهذا ضرر ، وحسبه عن التداول فيه مضرة تفويت المصالح المترتبة عليه ، وان كان معنى الكنز في الآية حسبما ذكر الطبي (1) ليس هو منع المال من التداول ، وانما الامتناع عن اعطاء حق الله المتمثل في الزكاة .

وقد أوجز الله الطريقة المثلى التي يجب سلوكها ، والتي تبعد عن التطرف ، فالتبذير تطرف في انفاق المال في غير وجه الحق ، وكنزه كذلك فيه تطرف وافراط ، وما أرشد اليه القرآن يعتبر حلا وسطا بين طرفي الافراط والتفريط فقال سبحانه (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) (2) .

هذا فيما يتعلق بحماية المال من مالكه ، أما حمايته من الغير ، فقد حرمت الاعتداء عليه بأية صورة ، فنهت عن أكله بالباطل ، أي بدون وجه حق ، فنهت عن ذلك في قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها الى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالاثم وأنتم تعلمون) (3) .

وقد استخلص بعض المفسرين من هذه الآية حكمة جليلة مؤداها ، ان النهي الوارد في الآية يشمل جميع الامة ، وفيه اشعار بوحدتها وتكافلها ، وتنبيه الى ان احترام مال الغير هو احترام وحفظ لمالك ، كما ان الاعتداء على مال الغير فيه جناية على الامة الذي هو أحد أعضائها ، ولابد أن يصيبه سهم من كل جناية تقع عليها ، اذ هو باستحلال مال غيره يجرئ غيره على استحلال أكل ماله اذا كان في طاقته (4) .

والباطل الوارد في الآية (5) يعني كل مالم يكن في مقابلة شئ حقيقي يعتد به ، وبدون رضاء من يؤخذ منه أو رضي به من أخذ منه ولكن الشريعة حرمته (6) .

1) قيل الكنز كل مال زاد عن أربعة آلاف درهم اديت فيه الزكاة أم لم تؤد ، وقيل كل ما فضل عن حاجة صاحبه اليه ، والصحيح كما ذكر الطبري كل مال اديت زكاته فليس بكنز يحرم على صاحبه اكتنازه ، وان كل مالم تؤد زكاته يعتبر كنزا / الطبري / ج10/ ص118 ـ 120 .
2) سورة الاسراء/ الآية 29 . 3) سورة البقرة/ الآية 188 .
4) المعنى تفسير المنار / ج2/ ص194 . تفسير المراغي / ج2/ ص 81 .
5) تفسير الكشاف للخوارزمي / ج1/ ص 340 . تفسير القرطبي / الناشر: دار الكتاب العربي / طبعة 1967 / ج2/ ص 338 . تفسير المنار / ج2/ ص195 .
6) ذكر القرطبي / مهر البغي واثمان الخمور والخنازير / المرجع السابق / ج2/ ص338 .

الفقه القديم منها والحديث ، وقد أجازت حتى القتل من أجل المال ، فعن أبي هريرة قال :[1] جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله ان جاء رجل يريد أخذ مالي ؟ قال فلا تعطيه مالك ، قال ان رأت ان قاتلني ، قال قاتله ، قال أرأيت ان قتلني قال فأنت شهيد قال أرأيت ان قتلته قال هو في النار . وجاء كذلك في صحيح مسلم (حدثني الحسن بن علي الحلواني واسحاق بن منصور ومحمد ابن رافع ، والفاظهم متقاربة ، قال اسحاق أخبرنا ، وقال الآخران حدثنا عبد الرزاق اخبرنا بن مريم قال أخبرني سليمان الأحول ان ثابتا مولى عمر بن عبد الرحمن اخبره انه لما كان بين عبد الله بن عمرو وبين عنبسه بن ابي سفيان ماكان تيسروا للقتال فركب خالد بن العاص الى عبد الله بن عمرو فوعظه خالد فقال عبد الله بن عمرو أما تعلم ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد) .

في الختام ارشدت الى كيفية المحافظة على المال عند التعامل مع الغير ، في سورة البقرة في الآية 280 والتي استخلص منها المفسرون الكثير من القواعد الاساسية في مجال المعاملات المالية ، وقد استخلص منها ابن العربي خمسون حكما .[2]

---

1) صحيح مسلم/ تحقيق واشراف عبد الله أبو زينة / الناشر: دار الهلال/ المجلد 1/ ص 347
2) أنظر ابن العربي / المرجع السابق / ص 246 الى 264 . القرطبي/ المرجع السابق/ ص376 الى 406 . تفسير المراغي/ ج3/ ص 70 ومابعدها . تفسير المنار/ ج3/ ص 117 الى 125

الباب الثاني

مبادئ الشريعة

يعتبر مصطلح مبدأ أو مبادئ من المصطلحات التي كثر ترديدها في مختلف مؤلفات القانون (1)، سواء المؤلفات التي تتناول أصول القانون، أو المؤلفات التي تقتصر على فرع من فروع القانون، كما تتردد في المؤلفات الفقهية الحديثة ـ الفقه الاسلامي ـ الموضوعة من قبل المختصين في هذا الفقه والقائمين بتدريسه في كليات الحقوق المختلفة.

المشرع أي واضع القانون واكب الفقهاء في اتجاههم فنص على المبادئ كمصدر من مصادر القانون الى جانب التشريع، فقد نص على مبادئ الشريعة الاسلامية، ومبادئ القانون الطبيعي. والقضاء بدوره كذلك استخدم هذا المصطلح في بعض أحكامه القليلة التي لجأ فيها الى مبادئ القانون، رغم الانتشار الواسع لهذا المصطلح، واستعماله من قبل الجميع، الا أن مدلوله لم يحدد بدقة، ولم يوضح بالقدر اللازم الذي يجعله دالا على معنى معين ثابت غير مختلف في محتواه.

لهذا السبب تضاربت وجهات نظر الفقهاء تضاربا كبيرا حول ما يعتبر مبدأ وما لا يعتبر، الامر الذي يسمح لنا بالقول، ان مصطلح مبدأ لم يستقر معناه بصفة نهائية في مجال الدراسات القانونية، وعند الدارسين للفقه الاسلامي كذلك.

وقد أثر هذا في فقهاء القانون الوضعي العرب الذين حاولوا تحديد معنى مبادئ الشريعة الاسلامية، واتجهوا في سبيل ذلك اتجاهات مختلفة، بعضها أنكر أصلا اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا للقانون بمعنى الكلمة، والبعض الاخر اعترف لها بذلك، ولكنه

---

1) يطلق الشراح على الدراسة التي تعرف بالقانون وبيان قواعده وتقسيماته ومصادره وتفسيره ونفاذه، المدخل للعلوم القانونية ويسميه البعض منهم مبادئ القانون، والبعض الاخر أصول القانون، ونعتبر المصطلح الاخير أفضل المصطلحات جميعا، لان موضوع هذه الدراسة يشابه الى حد كبير موضوع علم أصول الفقه الاسلامي، ومادام الموضوع واحد، فالاحسن استعمال نفس المصطلح، بدلا من هذا العدد من المصطلحات.

ضيق فيها كثيرا ، اذ قصرها على ماورد في الكتاب والسنة ، بينما اتجه رأي أكثر اتساعا من الرأيين السابقين ، اذ اعتبر مبادئ الشريعة ، هي القواعد العامة المتفق عليها بين جميع الفقهاء ، واتجه رأي رابع الى ان مبادئ الشريعة هي جميع الأحكام المنصوص عليها في مذهب معين من المذاهب الفقهية ، سواء كان مصدرها النص أو الاجتهاد ،

أخيرا ذهب رأي الى الأخذ بجميع المذاهب الفقهية دون التقيد بمذهب معـــين وسوف نتعرض لهذه المعاني جميعا في هذا الباب

الفصل الأول

المبـــادئ العامـــة

أشرنا من قبل الى أن مصطلح ... مبادئ ـ كثر استعمالها في المؤلفات المختلفة سواء مؤلفات القانون ، أو مؤلفات الفقه الاسلامي الحديثة ، وان الفقهاء ذهبوا مذاهب مختلفة في تفسير معنى هذا المصطلح . سنعرض في هذا الفصل هذه المعاني المختلفة عند القانونيين وعند المشتغلين بالفقه الاسلامي والآراء التي حاولت اظهار المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية ، المنصوص عليها في المادة الأولى مدني .

المبحـــث الأول

المبادئ العامة في الدراسات المقارنة

سنعرض في هذا المبحث لمعنى المبدأ في الدراسات القانونية عند فقهاء القانون الوضعي ، وعند المشتغلين بالفقه الاسلامي في فرعين :

الفرع الأول : المبدأ في نظر القانونيين .

المعنى اللغوي :[1] أورد أصحاب المعاجم عدة معاني لكلمة مبدأ منها الأصل السبب ، القواعد الأساسية ، المادة الأساسية التي يتكون منها الشيء[2] . فالمبادئ هي التي يتوقف عليها مسائل[3] العلم كتحرير المباحث ، وتقرير المذاهب ، فالمبحث أجزاء ثلاثة مرتبة بعضها على بعض وهي المبادئ والأواسط ، والمقاطع ، وهي المقدمات التي تنتهي الأدلة والحجج اليها من الضروريات والمسلمات ومثل الدور والتسلسل .

المبادئ :[4] هي التي تحتاج الى البرهان بخلاف المسائل فانها تثبت بالبرهان القاطع .

المبدأ : مادة الشيء أو لة ومادته التي يتكون منها كالنواة ، مبدأ النخل ، أو يتركب منها كالحروف ، مبدأ الكلام (جمع) مبادئ العلم أو الفن أو الخلق أو الدستور أو القانون قواعده الأساسية التي يقوم عليها ولا يخرج منها[5] ، وقد ذهب الأستاذ محمد عبد الجواد الى أن مصطلح المبادئ اصطلاح حديث[6] فكتب الفقه تتحدث عن القواعد العامة وأول ما ينبئنا لهذا المصطلح بهذا المعنى ورد في تقرير لجنة مجلة الأحكام العدلية العثمانية .

---

1) منجد الطلاب / ط 1/ المطبعة الكاثوليكية/ بيروت/ ص 24 .
2) جبران مسعود / رائد الطلاب / دار العلم للملايين / بيروت / ط 4/ 1979/ ص 806 .
3) علي بن هادية وآخرين / القاموس الجديد للطلاب / الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر 1979/ ط 1/ ص 94.
4) علي بن محمد الشريف الجرجاني / كتاب التعريفات / مكتبة لبنان / بيروت 1978/ ص 207 .
5) ابراهيم أنيس وآخرين / المعجم الوسيط / دار الفكر / بدون تاريخ / ط 2/ ج 1/ ص 42 .
6) محمد عبد الجواد / بحوث الشريعة الاسلامية والقانون / دار الاتحاد العربي للطباعة 1973/ ص 69 هامش 1 لم نعثر في المعاجم القديمة المتوفرة كلسان العرب لابن منظور وتاج العروس للزبيدي على ، على كلمة مبدأ)

وفي القانون الوضعي ، فقد شاع استعمال هذه الكلمة وهو تقابل كلمة (Principe) ويرد دائما بصيغة الجمع (1) ، وقد استعمله واضع التشريع المدني الجزائري بهذه الصيغة عند تعداده للمصادر الرسمية للقانون ، اذ نص على مبادئ الشريعة الاسلامية وعلى مبادئ القانون الطبيعي .

أما في الاصطلاح فهناك عدة محاولات بذلت في هذا المضمار لتحديد المقصود بالمبادئ العامة للقانون فقد قيل بأنها ، أي المبادئ القواعد العامة للقانون ، والمقصود بالعمومية هنا ليست قابلية القاعدة للانطباق على حالات غير متناهية ، وغير محددة من الوقائع والاشخاص ، ولكن المقصود بالعمومية في المبدأ العام ، هو قابليته للانطباق على قواعد قانونية أخرى ، بحيث تعتبر القواعد المذكورة تطبيقا للمبدأ العام ، ويعتبر المبدأ العام بالنسبة لهذه القواعد (2) .

وقيل بأنها قواعد ذات اشعاع كبير هي بمثابة توجيهات عامة للقاضي ، وهذه المبادئ العامة للقانون تظهر بمظهر قواعد فقهية مهيمنة على الهيكل القانوني (3) .

وقيل بأنها ليست قواعد قانونية بالمعنى الفني المقصود بكلمة قانونية ، وانما هي أفكار جوهرية يمكن استنباطها من الفكرة العامة للوجود السائد في مجتمع معين ، كما يمكن كذلك استقراءها من القواعد القانونية الوضعية الموجودة في هذا المجتمع (4) .

والمبادئ العامة تكاد تقف في مركز وسط بين الفكرة العامة للوجود وبين القواعد الوضعية المعمول بها في مجتمع معين ، فالمبادى العامة ، تعبر تعبيرا كليا عن الفكرة العامة للوجود ، ثم تأتي القواعد القانونية فتعبر تعبيرا تعبيرا جزئيا عن الافكار التي تضمنتها المبادئ الاساسية (5) .

---

1) نفس الصيغة وردت في المادة الاولى مدني مصري ، وكذلك نفس المادة من القانون المدني السوري ، وكذلك في القانون المدني العراقي . والقانون المدني الاردني .
2) سمير تناغو/ المرجع السابق / ص 246
3) POUL ROUBIER. Theorie Général du Droit 2e O. libraire du Recueil sirex 1951.p:10
4) 5) سمير تناغو/ المرجع السابق/ ص 246

هذه بعض الآراء التي اطلعنا عليها ، والتي حاولت ضبط معنى مصطلح مبدأ ، ويتبدى منها أن المبدأ عبارة عن أصل كلي يجب مراعاته ، والاهتداء به ، عند وضع القانون خاصة سواء قام بذلك واضع التشريع أو قام به القاضي عند عدم وجود النص . أما هذه الأصول الكلية فقد اختلف بشأنها كذلك .

فقد ذهب رأي ـ الرأي الذي يعتبر المبدأ قاعدة القواعد ـ الا أن هذه المبادئ وإن كانت غير محددة الا أنه يمكن التعرف عليها بسهولة ويسر عن طريق مراجعة القواعد القانونية للتفرقة بين ما يعتبر منها أصلا ، وما يعتبر فرعا ، وبالتالي ففكرة المبادئ العامة فكرة فنية المقصود منها وضع بناء منطقي متماسك للقواعد القانونية .

فهذا الرأي لم يحدد هذه المبادئ وانما اكتفى بالاشارة الى امكانية تحديدها عن طريق اقتراح معيار يعتمد عليه للتفرقة بين قواعد القانون المختلفة ، بحيث يعتبر بعضها أصلا كليا ، والبعض الاخر فروعا لهذه الاصول ، ولكنه لم يحدد كذلك هذا المعيار ، ولا من الذي يقوم باستخدامه لهذا الغرض .

اذا سلمنا بهذا الرأي ، واعتمدنا عليه فان هذه المبادئ تعتبر جزءا من التشريع يكون مصدرها هو واضع التشريع ، وتصبح في النهاية المبادئ العامة تابعة للتشريع ، وليس التشريع هو الذي يجب أن يتبعها ويخضع لها .

وذهب رأي آخر الى أن المقصود بالمبادئ العامة تلك القواعد التي يقضي بها العقل الانساني ، مثل مبدأ عدم جواز التكليف بمستحيل ، ومبدأ ان من يجب عليه الضمان لا يجوز له الاسترداد ، ومبدأ انه حيث لا مصلحة فلا دعوى ، ومبدأ ان الباطل لا أثر له .

وقد انتقد هذا الرأي لانه يطابق بين المبادئ العامة للقانون ، وبين القانون الطبيعي عن طريق التعبير عن القانون الطبيعي تعبيرا لفظيا محددا في قواعد تبدو معقولة ولكنها تقبل مع ذلك المناقشة ، ويمكن أن تختلف بشأنها الآراء .

ان بعض القواعد المقبولة عقلا تتعارض مع البعض الآخر مما يقتضي الحد من هـذه القواعد جميعا ، فقاعدة ان الباطل لا أثر له ، تعارضها قاعدة الاعتداء بالاثار التي لا يمكن محوها ، فالشركة الباطلة يمكن اعتبارها شركة فعلية .(1)

وذهب رأي الى أن هذه المبادئ العامة هي تلك التي تتفق مع التقاليد القانونية في دولة معينة ، لكن هذا الرأي انتقد بدوره ، لأن التقاليد القانونية لا تكون لها قيمة الا بقدر ما تؤثر في تكوين العقلية القانونية لرجال القانون ، وهذا لا يكفي لاعتبارها تتضمن مبادئ عامة للقانون ، خاصة وان الدراسات القانونية لا تكف عن تقديم الافكار القانونية الجديدة ، وابراز الأخطاء الكامنة في الافكار التقليدية .(2)

واتجه رأي الى أن واضعي القانون المدني الفرنسي سنة 1804 لم يعمدوا الى وضع قسم عام يهيمن على بقية النصوص التي احتوى عليها القانون ، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المدني الصادر سنة 1900 .

ان القانون المدني الفرنسي يحتوي على ست مواد فقط ، وسبب ذلك ان هذا القانون وضع في برهة من الزمن ظهرت فيه ردود الفعل على الافكار الثورية ، الأمر الذي جعل القنصل الاول ـ نابليون ـ يتخذ موقفا من المفكرين ، هذا الموقف أثر في تقديم ما هو عملي واجتناب النصوص العامة . ولكن بالرغم من عدم وجود قسم عام في القانون المدني الفرنسي ، فاننا نستطيع أن نكشف في هذا القانون بعض المبادئ العامة ، كعدم رجعية القوانين (المادة الثانية) وحرية التصرفات القانونية (المادة 1134) ، والاثر النسبي للعقود ، أو عدم اضرار العقود بالغير (المادة 1165) ، والمبدأ الذي يستبعد انعدام الاهلية في غياب نص صريح ، ومع ذلك فقد تم اغفال بعض المبادئ ، ولكن هذا لا يقلل من قوة هذه المبادئ .(3)

هذا الرأي يعتبر مكملا للرأي الاول اذ اتفق معه في الرجوع الى القانون نفسه

1) 2) سمير تناغو / المرجع السابق/ ص 246 ، 247
3) بول روبية / المرجع السابق/ 9 102

وقام بتصنيف قواعده ، واعتبر بعضها بمثابة مبادئ عامة ، وأوردها على سبيل المثال لا الحصر ، وترك المجال للاجتهاد لاضافة مبادئ عامة أخرى .

نكرر هنا ان فقدان ضابط التفرقة بين مايعتبر مبدأ وما لا يعتبر كذلك ، وفقا للرأيين يفتح الباب للتوسع في هذه المبادئ توسعا يفضي الى صعوبة معرفة الاصل والتميز بينه وبين الفرع أو الفروع . رغم هذا فان هذا الرأي لا يخلو من فائدة ، اذ يمكن أن يعول عليه كثيرا في استخلاص المبادئ العامة للشريعة ، اذ يتفق مع رأي الاصوليين الذين حصروا مقاصد الشريعة في الحفاظ على المصالح الخمسة المشار اليها في الفصل السابق من هذا البحث ، والذين استخلصوها من استقراء نصوص الشريعة .

وذهب الاستاذ سمير تناغو الى أن المقصود بالمبادئ العامة للقانون هي الافكار التي تصدر عن الفكرة العامة للوجود ، أوعن التصور العام للحياة والكون في مجتمع معين والتي تؤدي الى استنباط مجموعة من القواعد القانونية الوضعية التي تنظم سلوك الاشخاص في هذا المجتمع .

والفكرة العامة الموجودة في الدولة المتمدنة تتلخص في الحضارة ، والحضارة في مصر تقوم على أساس الايمان بالله والرسالات السماوية ، والعدل الطبيعي المطلق ، وتقوم كذلك على احترام العقل الانساني ، واحترام كرامة الانسان وآدميته .(1)

وذهب الى ان الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، يعتبر أقوى تعبير عن المبادئ العامة للقانون ، كحق الانسان في الحياة ، وحقه في الحرية ضد الاسترقاق والاستعباد والاعتقال التحكمي ، والتعذيب والمعاملة القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة وحقه في مركزه من الاسرة . . . الخ .

هذا بعد أن بين ان الايمان بالقانون الطبيعي يدخل في تكوين الفكرة العامة للوجود السائد في مصر ، ومن ثم يمكن الاستدلال على المبادئ العامة للقانون المصري ،عن طريق

---

1) سمير تناغو / المرجع السابق / ص 247 ـ 249

...ولة الوصول الى مضمون القانون الطبيعي ، وان هذه المحاولة لا تؤدي الى الخلط بين القانون الطبيعي ، وبين المبادئ العامة للقانون الوضعي ، فالقانون الطبيعي هو جوهر القانون الوضعي ولكنه لا يختلط به لا في قواعده العامة ولا في مبادئه . وفي الاخير يرى ان الاعلان العالمي لحقوق الانسان ليس اعلانا للحقوق الخاصة ، ولكنه اعلان للمبادئ الاساسية للقانون الواجب مراعاتها بصفة عامة وعالمية .

هذا هو رأي الاستاذ تناغو في المبادئ العامة للقانون ، وهو يختلف عن الآراء السابقة في أنه لا يعتبر هذه المبادئ جزءا من التشريع ، وانما هي مستقلة وبعيدة عنه ، وأنها في مركز أسمى منه ، لذلك يجب أن يكون التشريع خاضعا لها .

ولما كانت هذه المبادئ خارجة عن التشريع ولا تنبع من ارادة المشرع ، ولا بد لها هي أيضا من مصدر تغترف منه ، فقد ردها الى القانون الطبيعي الذي اعتبره المثل الاعلى الذي يمكن الاهتداء به ، في وضع مبادئ عامة للقانون ، وان الاعلان العالمي لحقوق الانسان هو التعبير الامثل والمؤقت عن هذه المبادئ (1) مع التسليم بوجاهة هذا الرأي ، وما ذهب اليه في اعتبار القانون الطبيعي مصدر المبادئ العامة للقانون ، الا أن افتقار فكرة القانون الطبيعي الى التحديد (2) ، وقلة مبادئه (3) التي تختلف من قضية الى أخرى ، يقلل كثيرا من قيمته ، ولا يبتعد بهذا

---

1) سمير تناغو / المرجع السابق/ ص248

2) تغير مضمون هذه الفكرة مع التطور التاريخي ، فقد بدأت فكرة فلسفية ، ثم قانونية ، ثم دينية ثم قانونية مرة أخرى ، وبالرجوع الى كتب المداخل المختلفة يمكن التوقف على التغيير الذي لحق بالفكرة .

3) عرض الاستاذ السنهوري رأي الاستاذان : بلانيول وجوسران في القانون الطبيعي ، وننقل هنا رأيهما في مبادئ هذا القانون .
يقول الاستاذ بلانيول (من حسن حظ الانسانية وجود القانون الطبيعي ، ولكنه شيء يختلف اختلافا كليا عن الفكرة القديمة ، هو مجموعة المبادئ القليلة العدد المبنية على العدالة وسلامة الذوق ، والتي يلتزم بها المشرع ، والتي بمقتضاها نحكم على عمله ، فنمتدحه او نذمه . فالقانون الطبيعي ليس هو القانون ولا نموذج للقانون ، بل هو القاعدة العليا. على أن مبادئ القانون الطبيعي قليلة العدد ، فاذا ماقيل ان على المشرع ان يضمن حياة الناس وحرياتهم ، وان يحمي حرية العمل ، وحرية المال ، وان يمنع مامن شانه أن يضر بالنظام الاجتماعي والادبي ، وان يعترف للزوجين بحقوق وواجبات متبادلة ، فاننا نكون جد بعيدين عن وضع قانون وضعي ، ولكننا نكون قد استنفدنا تقريبا مبادئ القانون الطبيعي).

الرأي عن بقية الآراء الاخرى التي أظهرت صعوبة تحديد المبادئ العامة للقانون .

وقد نبه الأستاذ (ريبير)(1) الى تحاشي تحديدها لانها غير محددة وتستعصى على التحديد ، وان محاولة ذلك يعرضها لكثير من أوجه النقد ، ويرى أنه يمكن التعرف عليها لا تعريفها ، وذلك عند ما تقع مخالفتها .

ولاحظ اننا نتحدث عن هذه المبادئ بصيغة الجمع دائما ، وليس بصيغة المفرد فيقال ان هذا التصرف يخالف المبادئ العامة للقانون دون تحديد المبدأ الذي وقعت المخالفة له .

فننتهي من هذا الى أن المبادئ العامة للقانون غير محددة ، وان الشراح لم يتوصلوا بعد الى الاتفاق على مايعتبر مبدأ وما لا يعتبر كذلك ، ومصدرها هل تستنبط من التشريع أو القانون ، أو تستنبط من الفلسفة العامة السائدة في المجتمع .

= أما الأستاذ جوسران فيقول (بأن كلمة القانون الطبيعي تومئ الى العقل مثلا أعلى يراد تحقيقه ، وهذا المثل في نظر البعض انما هو مثل ثابت لا يتغير لا في الزمان ولا في المكان . بينما يراه البعض الاخر متغير يتطور خلال القرون وفق المدنيات والحاجات الاجتماعية ، وانه يمكن الجمع بين الفكرتين على مابينهما من اختلاف جوهري على النحو الاتي . توجد في القانون الطبيعي مبادئ ثابتة لا تتغير ، مثال ذلك الوفاء بالوعد ، والقوة الملزمة للعقود ، وعدم رجعية القوانين واصلاح الضرر الذي تسبب عن غير حق ، والى جانب هذه المبادئ الضرورية الثابتة ، نلاحظ في عصر معين وفي كل البلاد التي هي في درجة واحدة من الحضارة ، وجود ميول مشتركة وشعور قانوني عام ، تنتزع كلها الى تحقيق اصلاحات هي في الواقع في احساس الجيل ، فمثلا نلاحظ في هذه السنين الاخيرة ميلا عاما الى تقليل الفروق الاجتماعية وتشجيع الزواج ، والاكثار من النسل ، والاهتمام باشهار التصرفات القانونية ومنع كل تعسف في استعمال الحقوق . هناك اذن تيارات قانونية لا يمكن مقاومتها ، وهذه التيارات هي التي تكون القانون العام العالمي) / السنهوري / أصول القانون / هامش1/ ص 46

(1 1) G. RIPER. les Force créatrices du Droit. Paris I955 P. 342.

الفرع الثاني : معنى المبدأ في نظر الدارسين للفقه الاسلامي .

استعمل بعض أساتذة الفقه الاسلامي كلمة مبدأ كثيرا ، شأنهم في ذلك شأن أساتذة القانون الوضعي ، ولكنهم لم يحاولوا ضبط معنى هذا المصطلح ، باستثناء محمد عبد الجواد الذي ذهب كما أشرنا الى ذلك من قبل الى ان اصطلاح (المبادئ) بمعنى القواعد ، اصطلاح حديث في الفقه الاسلامي ، فكتب الفقه القديمة والى وقت قريب ، تتحدث عن القواعد كالاشباه والنظائر لابن نجيم وكالقواعد في الفقه الاسلامي لابن رجب . (1)

ولما كان المعنى اللغوي والقانوني واحد بالنسبة للقواعد والمبادئ ، وكانت المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي والقانون تستعمل كلمة (المبادئ) للمقارنة بين المبادئ الاسلامية والمبادئ الاخرى .

هذه هي المحاولة التي استطعنا الوقوف عليها في تحديد معنى هذا المصطلح وحاول تفسيرها تفسيرا لغويا واصطلاحيا عن طريق مقابلتها بالمصطلح الذي استخدمه الفقهاء قديما ومازال مستخدما الى حد الآن ، وهو القاعدة أو القواعد .

(2) [illegible] القاعدة في المعنى اللغوي ، [illegible]

بعد هذا نستعرض ما يعتبر من المبادئ عند مجموعة من أساتذة الفقه الاسلامي حسب آرائهم كما هي :

1ـ مبادئ الشريعة في نظر الاستاذ مصطفى أحمد الزرقاء :

بين الاستاذ الزرقاء (3) ان النظام القانوني في الشريعة الاسلامية قائم على قواعد ونظام أساسية في كل الميادين ، الحقوق الخاصة (القانون) والحقوق العامة ، وفي جميع هذه

---

(1) محمد عبد الجواد / المرجع السابق/ ص69

(2) ورد ابن منظور معنى القاعدة بأنه أصل الأس، والقاعدة الاساس ، وقواعد البيت أساسه
قال الزجاج القواعد أساطين البيت التي تعمده ، وقواعد الهودج خشاب أربع معترضة في أسفله
تركب عيدان الهودج فيها/ لسان العرب المحيط/ المجلد 3 / ص 128 ، وفي الاصطلاح
القاعدة حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئيات / مصطفى الزرقاء / المدخل الفقهي العام/ ج2/ ص940

(3) مصطفى الزرقاء/ المرجع السابق/ ص32 ومابعدها

لزمن قد أتت نصوص الشريعة الاسلامية الأصلية في القرآن والسنة بمبادئ أساسية ، وتركت التفصيلات للاجتهاد في التطبيق بحسب المصالح الزمنية ، والامكانيات المكانية ، الا قليلا من الأحكام تناولتها بالتفصيل ، كأحكام الميراث ، وبعض العقوبات .

بعد ذلك استعرض أهم المبادئ الأساسية (1) موزعة على جميع فروع القانون العام والخاص ننقل هنا جميع هذه المبادئ ، وانما سنقتصر على القانون المدني فقط .

المبادئ الأساسية في قسم الحقوق الخاصة

1 ـ في الالتزامات : اعتبرت الشريعة الاسلامية كل فعل ضار بالغير موجبا مسؤولية الفاعل ، أو المتسبب والتزامه بالتعويض عن الضرر ولو كان عن خطأ ، فاذا كان عن عمد يوجب أيضا عقوبة الفاعل ، وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي القائل (لاضرر ولاضرار) وهذا غير ما توجبه الشريعة من التزامات أخرى مصدرها الارادة المنفردة أو ارادة الشارع كنفقة الاقارب وكالوقف (2) .

وقد اعتبرت جميع الالتزامات مضمونة بتأييد القضاء ، فللقاضي سلطة واسعة لاحد لها في اجبار كل انسان على تنفيذ التزامه ولو كان هو الخليفة ، وحوادث قضاء القضاة على الخلفاء والملوك معروفة وكثيرة في التاريخ الاسلامي .

2 ـ في العقود : أقرت الشريعة الاسلامية في العقود الاسس التالية :

أ ـ العقد المشروع ملزم لعاقده دون غيره ، كما ان اقرار الشخص لا يسري الا على نفسه وحقوقه ، والتزام العاقد ينتقل الى من يخلفه كالوارث أو الموصى له ، وهذا المبدأ تضمنته الآية القرآنية في أول سورة المائدة (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود) .

ب ـ الشروط العقدية حرة وملزمة للعاقدين الا ما يخالف النظام العام والآداب ، وهذا المبدأ تضمنه الحديث النبوي (المؤمنون عند شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا) .

(1) مصطفى الزرقاء / المرجع السابق / ج 1 / ص 41
(2) مصطفى الزرقاء / المرجع السابق / ص 42

جـ ـ العقود كلها رضائية ، أي أنها تنعقد بالتراضي الحر بمجرد الاتفاق بين الطرفين دون اشتراط شئ من المراسيم الشكلية ، حتى ان عقد الزواج يكفي لانعقاده تراضي الرجل والمرأة بايجاب وقبول ، وبحضور شاهدين ، بينما كافة العقود لدى الرومان وبعضها لدى العرب ، عقودا شكلية خاضعة لمراسيم وحركات غريبة يجب أن يجريها العاقدان ولا يكفي فيها مجرد التراضي ، واستمرت آثار شكلية العقود وراثة عن الرومان في الحقوق الاوروبية الى أواخر القرن الثامن عشر ، حيث تقررت اذ ذاك فقط رضائية العقود في القوانين الحديثة (1) .

د ـ أوجبت الشريعة في انشاء العقود وتنفيذها حسن النية ، وجعلت كل غش أو تدليس أو غلط أو تقرير من أحد العاقدين موجبا خيار الآخر ومسوغا له فسخ العقد لاخلاله بالتراضي .

هـ ـ اعتبرت العرف والعادات أساسا لتحديد حدود الالتزامات والحقوق العقدية في كل ماسكت عنه نص العقد ، فطريقة استعمال المأجور مثلا ، وكيفية دفع الأجرة يتبع فيه عرف الناس ، وللعرف اعتبار قضائي واسع المدى في كل موضوع مالم يصادم نصا شرعيا خاصا في موضوعه كالتعارف على الالتزام بدين القمار فانه لاعبرة له (2) .

هذه هي المبادئ العامة للشريعة عند الأستاذ الزرقاء ، وهي كما رأينا عبارة عن بعض الأحكام المستمدة من النصوص (3) ومن الاجتهاد .

وللأستاذ محمد سلام مدكور رأيا فقد اعتبر عدة نقاط بمثابة مبادئ قويمة للتشريع الاسلامي ، وسننقلها كما أوردها .

أ ـ مبدأ التوحيد (4) : فانه جمع الناس حول الـ واحد (قل يا أهل الكتاب تعالوا الى كلمة سواء بيننا وبينكم الا نعبد الا الله) (5) .

1) 2) مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ ص 43
3) المقصود بالنصوص ، هنا آيات الكتاب وأحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم .
4) محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الاسلامي / ص 20 ، 21
5) سورة آل عمران / الاية 64

ب ـ مبدأ الاتصال المباشر بالله دون وساطة أو سيطرة روحية (وقال ربكم أدعوني استجب لكم)(1) ويقول (... فاني قريب أجيب دعوة الداع اذا دعاني)(2) .

جـ ـ مبدأ التخاطب مع العقل ، فالتشريع الاسلامي جعل العقول مناط التكاليف ، خصوصا فيما يتعلق بأمور الدنيا وبمعرفة الخالق (فاعتبروا يا أولي الابصار) ، (أفلا تعقلون) وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال (انما يرتفع العباد غدا في الدرجات الزلفى من ربهم على قدر عقولهم) . ولما كان العلم دعامة تزيد العقل نورا دعا اليه ، وحث الناس على التزود منه (وقل ربي زدني علما) ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم (طلب العلم فريضة على كل مسلم) .

د ـ مبدأ احاطة العقيدة بالأخلاق الفاضلة المهذبة للنفوس (وعباد الرحمن الذين يمشون على الارض هونا واذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما)(3) .

هـ ـ من أجل التكاليف الشرعية لاصلاح الروح وتطهيرها ، وليس لارهاق البدن وتغييره (مايريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهركم)(4) .

و ـ مبدأ التآخي بين الدين والدنيا في التشريع ، فقد جاءت أحكامه بأمور الدين والدنيا ودعا اليهما (واتبع فيما أتاك الله الدار الاخرة ولا تنسى نصيبك من الدنيا)(5) . وقد كان ممن ينصرف السيئ ان الاديان انما تدعوا الى حرمان النفس وعدم العناية بالامور المالية .

ز ـ مبدأ المساواة والعدل ، فقد سوى بين الناس جميعا دون تفريق بين الاجناس والافراد والاشخاص (يا أيها الناس انا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان أكرمكم عند الله أتقاكم)(6) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم لابنته (اعملي يافاطمة فاني لا أغني عنك من الله شيئا) .

ح ـ مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو مبدأ عظيم يصلح بمفرده دستورا لجميع نواحي الاصلاح .

---

1) سورة غافر/ الاية 60 . 2) سورة البقرة/ الاية 186 . 3) سورة الفرقان/ الاية 63
4) سورة المائدة/ الاية 6 . 5) سورة القصص/ الاية 77 . 6) سورة الحجرات/ الاية 13

ط ــ مبدأ الشورى ، فقد جعلت الشورى أساس الحكم في الاسلام في وقت كان الحكام فيه هم أصحاب السلطة منفردين بها ، يقول تعالى (وشاورهم في الأمر) و يقول (وأمرهم شورى بينهم) (1) .

ي ــ مبدأ التسامح وهو أسمى وأعم مما عرف اليوم بمبدأ التعايش السلمي ، والاسلام حينما يدعو الى التسامح انما يدعو اليه في عزة وإباء دون ان يعطي هذا التسامح سلطانا لأحد أو ولاية (لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين) (2) .

ومع هذا فان الله تعالى يقول (انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين وأخرجوكم من دياركم وظاهروا على اخراجكم ان تولوهم) أي ينهاكم عن اتخاذ هؤلاء أولياء وهذا لا يمنع من برهم والاحسان اليهم ، وايجاد علاقة طيبة بهم رغم ما سبق منهم .

ك ــ مبدأ الحرية ، وقد نادى الاسلام بالمحافظة على حرية الافراد دون مساس بالصالح العامة ، سواء فيما يتعلق بالعقائد (لا اكراه في الدين) (3) ويقول كذلك (وقل الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) (4) ، أم كان من يطلق الرأي ، وهذا واحد من عامة الشعب يقول للخليفة عمر بن الخطاب (والله لو رأينا فيك اعوجاجا لقومناك بسيوفنا) وهذه امرأة تقاطعه وهو يخطب حاثا الناس على عدم التغالي في المهور ، وتقول : ايعطينا الله ويمنعنا عمر ؟ .

ل ــ مبدأ التكافل الاجتماعي ، فجعل الزكاة حقا للفقير في مال الغني وليست تفضيلا وامتنانا فلا تعاظم ولا استجداء لها ، بل وكفل الاسلام نفقة الفقير العاجز عن الكسب ، وجعلها في بيت مال المسلمين دون نظر لديانة الفقير .

هذه هي أهم المبادئ الاسلامية في نظر الدكتور سلام مدكور ، وهي مبادئ عامة تشمل جميع النواحي التي تعرض لها الدين الاسلامي الحنيف ، العقائد ، الاخلاق ، العلاقات الاجتماعية (5) .

1) سورة الشورى/ الآية 38 . 2) سورة الممتحنة/ الآية 8 . 3) سورة البقرة/ الآية 256 .
4) سورة الكهف / الآية 29 . 5) محمد سلام مدكور / المرجع السابق/ ص 22

أهم المبادئ عند الأستاذ مصطفى شلبي :

أورد الأستاذ مصطفى شلبي عدة نقاط اعتبرها من المبادئ العامة في الشريعة الاسلامية (1) ، وقد اتفق مع الأستاذ سلام مدكور في بعضها ، لذلك لانستعرضها هنا ، وانما نكتفي بالاشارة اليها فقط ، وهي مبدأ العدالة والمساواة ، ومبدأ الحرية ، ومبدأ حرية العقيدة ، وان كان قد فصل في هذا المبدأ أكثر من الأستاذ مدكور ، فقد تعرض لحرية العقيدة وحرية الرأي ، وحرية الهجرة والانتقال ، حرية المسكن ، مبدأ التسامح ، مبدأ التضامن الاجتماعي . واختلف معه في نقطتين اعتبرهما مبادئ ، بينما لم يشير اليهما الدكتور مدكور وهما :

أ ـ مبدأ الاعتدال في كل شئ : أمرت الشريعة بالاعتدال دون افراط أو تفريط (وآتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين) (2) وقال كذلك (وكلوا واشربوا ولا تسرفوا انه لا يحب المسرفين) (3) و (ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط فتقعد ملوما محسورا) (4) وقال (وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ماعوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين) (5) وقال (ادعوا ربكم تضرعا وخفية انه لا يحب المعتدين) (6) . ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم (كلوا واشربوا والبسوا وتصدقوا في غير مسرفة ولا مخيلة) (7) .

ب ـ مبدأ التعاون (8) : وهو مبدأ أصيل في الاسلام جاء بصيغة العموم الشامل (وتعانوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان) (9) . فكلمة البر والتقوى شاملة لجميع وجوه الخير في الدنيا والآخرة ، كما ان كلمة الاثم والعدوان شاملة لجميع أنواع الشر الدنيوي والأخروي فهذه الآية فتحت أبواب التعاون على الخير بأنواعه ، واغلقت طريق التعاون على الشر كله ، بل ان التعاون في الاسلام قد يتخطى مجرد المعونة الى مرتبة الايثار على النفس . يقول تعالى (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون) (10) ، ويتفرع

1) محمد مصطفى شلبي / المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه / دار النهضة العربية / بيروت / ط2 / 1969 / ص 286 ومابعدها .
2) سورة الانعام / الاية 149 . 3) سورة الاعراف / الاية 21 . 4) سورة الاسراء / الاية 29
5) سورة النحل / الاية 126 . 6) سورة الاعراف / الاية 55 . 9) سورة المائدة / الاية 2
7) 8) محمد مصطفى شلبي / المرجع السابق / ص 288، 289 . 10) سورة الحشر / الاية 9

عن هذا المبدأ ، مبدأ الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، فهو تعاون على طلب الخير ودفع الشر ، ولاهمية هذا النوع من التعاون جعل الله هذه الامة خير أمة اخرجت للناس(كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر)(1) ، وربط الفلاح به (ولتكن منكم أمة يدعون الى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون)(2) .

المبادئ العامة للتشريع الاسلامي في نظر الاستاذ محمد يوسف موسى :

تعرض الاستاذ محمد يوسف موسى للمبادئ العامة وهو بصدد التحدث عن غاية الفقه ، وأشار الى أن هذا الفقه نظام قانوني كامل رعى مصالح الفرد والمجتمع والانسان وذلك بما وضع من مبادئ عامة وأصول كلية تحكم تصرف الانسان .

أما المبادئ العامة والاصول أو القواعد الكلية ، فقد حفلت بالكثير منها كتب معينة مثل كتاب الاشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ، والسيوطي للشافعي ، والموافقات للشاطبي والفروق للقرافي(3) . فالمبادئ العامة عند الاستاذ يوسف ترادف القواعد العامة أو هي في نظرة القواعد الفقهية العامة ويتفق في هذا مع الاستاذ عبد الجواد وغيره من فقهاء القانون الوضعي.

والاستاذ محمد الحسيني حنفي بدوره تعرض للمبادئ العامة ، وحصرها في مبدأين أساسيين

أ ـ مبدأ اشتراكية الحقوق : واستعرض فيه المساواة ، ورعاية مصالح الناس ، والتقييد باستعمال الحق في الحدود التي لا يترتب عليها ضرر للغير ، واحترام حق الملكية .

ب ـ مبدأ التضامن والتكامل الاجتماعي : وفيه عرض لمسؤولية الجماعة عن دفع الاضرار العامة التي تصيب الافراد والجماعة ، وادخل فيها الفروض الكفائية ، واعتبرها شرعت لتحقيق هذا المبدأ ، وكذلك الامر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وحكمة الزكاة التي تحقق التكامل الاجتماعي وكذلك المودة والرحمة ، والنفقة على غير القادرين من الاقارب .

---

1) سورة آل عمران/ الاية 110

2) سورة آل عمران / الاية 104

3) محمد يوسف موسى / المرجع السابق/ ص80 . 4) محمد الحسيني/ المرجع السابق/ ص99 الى200

والشيخ عبد الوهاب خلاف ، هو أيضا استعمل مصطلح المبادئ ، عندما تعرض للأحكام العملية في القرآن ، وقسمها الى أحكام العبادات ، وأحكام المعاملات ، وذكر بأن القرآن فصل في الاولى ، أما الثانية أي المعاملات بصفة عامة ، وفيما عدا العبادات والاحوال الشخصية ، فان الاحكام المدنية والجنائية والدستورية والدولية والاقتصادية ، فأحكامه فيها قواعد عامة (1) ، ومبادئ أساسية ، ولم يتعرض فيها لتفصيلات جزئية الا في النادر ، لان هذه الاحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح ، فاقتصر القرآن على القواعد العامة والمبادئ الاساسية ليكون ولاة الامور في كل عصر في سعة في أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي فيه .

فالمبادئ العامة في نظر الشيخ خلاف هي آيات الاحكام الواردة في القرآن ، والتي يجب أن يكون التشريع اللاحق ، اجتهاد ، أو تقنينا دائرا في فلكها لا يخالفها ولا يصطدم بها .

هذه هي المبادئ العامة للقانون في نظر بعض فقهاء القانون الوضعي ، وفي نظر بعض المشتغلين بالفقه الاسلامي ، وهي كما يبدو من العرض السابق ، وان كانت تجمع تحت اسم المبادئ ، الا أن ما يعتبر مبدأ وما لا يعتبر كذلك يختلف من فقيه الى آخر ، ويظهر هذا الاختلاف أكثر عند فقهاء القانون الوضعي ، الذين انقسموا الى اتجاهين رئيسيين :

الاول : يرى أن هذه المبادئ عبارة عن موجهات مثالية ترشد المشرع عند وضع التشريع ، والقاضي في حالة غياب النص ، وان هذه المبادئ لا تستخلص من التشريع ذاته وانما تنبع من مصدر خارجي ، هو القانون الطبيعي ، الذي يمكن التعرف عليه ، واستخلاص قواعده

1) عبد الوهاب خلاف / علم أصول الفقه / ط 9 / 1970 / دار العلم للطباعة والنشر الكويت / ص 32 — 34 .

بواسطة العقل . هذا الاتجاه يرى ان القانون الطبيعي ، أفضل مرشد وأحسن مورد تنهل منه القواعد ، والاحكام القانونية العادلة ، وأنه معين لا ينضب .

ومع اعترافنا بسلامة هذا الرأي عند أصحابه ، الا عدم تحديد ودقة مايستخلص من القانون الطبيعي من مبادئ ، لاختلاف الآراء حولها (1) ، يجعلنا نشك في صحة هذا الرأي ، علاوة على ذلك فان هذا الرأي وان كان من الجائز القول به في مجال الدراسات القانونية الوضعية ، الا أنه لايجوز اعتماده بأية صفة ولأي سبب في كل مايتعلق بالشريعة الاسلامية لأن الاخذ به يعيدنا الى مناقشة قضية التحسين والتصبيح العقلي من جديد ، رغم ان الامر استقر على ان الشرع وحده هو المصدر الوحيد للأحكام وان العقل لامكان له في هذا المجال .

الثاني : يرى ان التشريع يحتوي على هذه المبادئ ، ويمكن معرفتها عن طريق تفضيل بعض القواعد على البعض الاخر ، واعتبار القواعد المنتقاة هي التي تهيمن على غيرها ويجب على القاضي الاهتداء بها عند فقدان النص ، وقد أيد القضاء (2) هذا الاتجاه في بعض أحكامه وهو الاقرب الى التشريع الاسلامي .

ولكن يؤخذ على هذا الاتجاه فقدان معيار التفرقة بين القواعد التي تعتبر مبادئ (3) والقواعد التي لاتعتبر كذلك ، وفي حالة وجود مثل هذا المعيار ، هل يكتفي بمعيار واحد يطبق على جميع فروع القانون ، أم يجب وضع معيار أو معايير لكل فرع على حدة ؟ .

في حالة وجود مثل هذه المعايير فهل يمكن أن تظل ثابتة لمدة طويلة من الزمن وتثبت تبعا لذلك المبادئ التي استخلصت بالاعتماد عليها ؟

لانعتقد صحة ذلك ونشك في جدوى هذه المعايير ان وجدت لانها ستفقد قيمتها ، وتعجز عن أداء الدور المنوط بها ، لأن التشريع أو بعبارة أدق القانون في حركة دائمة ، تبعا

---

1) للوقوف على مدى الاختلاف الحاصل حول هذه المبادئ ، قارن رأي الاستاذ سمير تناغو الذي يعتبر الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، هو الذي يمثل هذه المبادئ ورأي جوسران وبلانيول .
2) حكم محكمة النقض الفرنسية/ الفرع المدني 25/ 7/ 1938/ دالوز الاسبوعي/ 1938/ ص 351
3) اعتبر رأي في هذا الاتجاه ، الباب التمهيدي للقانون هو الذي يضم هذه المبادئ .

لحركة المجتمع وتطوره ، وهناك شواهد على هذا . فقد شاع في وقت من الأوقات مبدأ سلطان الارادة ، ولكن مع التطور فقد هذا المبدأ قيمته ، نتيجة للممارسات التعسفية للافراد ، والاضرار التي لحقت بالمجتمع من جراء ذلك ، اضطرت الدولة الى التدخل واعادة التوازن للعلاقات التي اختلت نتيجة لذلك بقواعد آمرة ، وكان لتدخل الدولة في الميادين المختلفة ، نتيجة أخرى تتمثل في ظهور عقود الاذعان التي تحدد شروطها سلفا ، ولا يكون أمام المتعاقد الا قبولها كما هي أو رفضها دون أن تتاح له فرصة المناقشة ، وغالبا مايتم القبول ، لأنّ هذه العقود تتعلق بخدمات لاغنى للفرد عنها .

لقد كان هذا كافيا لانهاء هذا المبدأ بما له وما عليه .

وكذلك الامر بالنسبة لبعض المعايير ، فالسائد في المدرسة اللاتينية ، أو في النظام القانوني اللاتيني تقسيم القانون الى قانون عام وقانون خاص ، بناء على معايير محددة وكانت هذه المعايير كافية في بعض الأوقات للقيام بهذه التفرقة ، ثم بدأت تفقد قدرتها على استيعاب الافكار الجديدة ، واضطر أصحابها الى تعديلها وتنقيحها ، ومع ذلك فهي تعتبر في الوقت الحاضر عاجزة بصفة كلية عن استيعاب ما أفرزه التطور من ظهور قوانين جديدة تضم مزيجا من القواعد ، قواعد القانون الخاص وقواعد القانون ، وهي ما اصطلح على تسميته بالقانون الاقتصادي .

أما بالنسبة للمشتغلين بالفقه الاسلامي وان كانوا بدورهم اختلفوا في تحديد ما يعتبر مبدأ وما لايعتبر مبدأ ، الا انهم اتفقوا في استخلاص هذه المبادئ من التشريع ذاته (الشريعة) وهذا لايعتبر خلافا بمعنى الكلمة ، وانما هو عبارة عن وجهتي نظر . احداهما توسع في مفهوم الشريعة الاسلامية ، عقيدة أخلاق ، تشريع ، والاخرى تضيق وتقصرها على التشريع أي الاحكام العملية ، والاتجاه الاخير هو الذي يجب أن نعول عليه هنا ، لأن موضوعنا يقتصر على المعاملات المالية .

بعد هذا نتساءل . هل ماذهب اليه هذا الرأي هو الذي يمثل مبادئ الشريعة الاسلامية ؟

الجواب عندنا بالنفي . لأن مصطلح المبادئ لم يضبط بعد بالدرجة الكافية التي
تسمح باستعماله في دراسة الشريعة الاسلامية .

ولأن هذا الرأي جار بفقهاء القانون الوضعي في تحديدهم للمبادئ وذلك بأن اختار عدة احكام بعضها من القرآن ، والبعض الآخر من السنة ، ومن الاجتهاد ، واعتبرها بمثابة مبادئ ، وما اختاره وان كان قد استقاه من الشريعة ، الا انه لا يتفق مع غيره من الآراء التي تصدت لتحديد مبادئ الشريعة الاسلامية ، الأمر الذي يفتح الباب أمام آراء أخرى ، تختار أحكاما أخرى وتعتبرها مبادئ ، مع ان الشريعة ثابتة احكمت أسسها وبينت مقاصدها وفصلت أحكامها بالقدر الكافي ، وقد استعمل القدماء هذه المصطلحات وهي دالة على معانيها بدقة ، فهي لا تحتاج الى مصطلحات جديدة كمصطلح المبادئ ، واذا كان من الضروري التمسك به واستعماله ، فلا بد أن يحدد معناه ، ومعناه حسبما يبدوا لنا من الأهمية التي اعطيت له ، هو عبارة عن أصل أو أمر ثابت يعتبر بمثابة أساس يستند عليه ، ومثل أعلى يجب الوصول اليه ، ويتحقق الكمال كلما اقترب منه ، وهذه الأمور تعرض لها الفقهاء في القديم وحددوها بمقاصد الشريعة ، وهي الضرورات الخمس ، هذه الضرورات هي أساس الكيان الاجتماعي ، وهي ثابتة لا تتغير بتغير الأزمان ، فالذي يتغير هو ما يلحق بها مما اصطلحوا على تسميته بالحاجيات والتحسينات ، فهذه من الممكن ان ينالها التطور منها سواء بالزيادة أو النقصان ، وهي غير واضحة وغير محددة بهذه الكيفية في القانون الوضعي ، ولهذا عاني ويعاني الفقهاء من تحديد المبادئ دون أن يستندوا الى حد الآن الى ما حددته الشريعة الاسلامية منذ زمن طويل .

من الممكن اعتبار مبادئ القانون هي ما اصطلح عليه الفقهاء بمقاصد الشريعة مضافا اليها قاعدة الأمر والنهي عن المنكر ، لا باعتبارها مبدأ (1) ، وانما باعتبارها وسيلة لتطبيق الأحكام

1) راجع الآراء المختلفة التي قيلت حول هذه القاعدة وردها / د. صلاح الدين دبوس (الخليفة) رسالة دكتوراه / دراسة مقارنة بين الشريعة والفقه الدستوري الغربي / الناشر : مؤسسة الثقافة الجامعية / ص 290 وما بعدها .

شرعية المقررة لحماية هذه المقاصد ، ويجب التركيز على الجانب القانوني وعدم الاقتصار على جانب الاخلاقي فقط ، كما ذهب البعض من أنها تقتصر على الجانب الاخلاقي .

في حين مد ها البعض الآخر الى الجانب القانوني ، واستخلص منها ، ان ولاية مسلمين على بعضهم ولاية عامة ، ولكن الخليفة يمارسها نيابة عنهم باعتبار الخلافة من الفروض كفائية ، واذا عجز الخليفة لسبب من الاسباب ، حق لأي مسلم ان يتولى سلطاته[1] ، وسلطات خليفة تنحصر في رعاية وصيانة أوامر الشرع ، وأوامر الشرع تدور كلها حول مصالح الناس ، في نفسهم وعقولهم ، وأموالهم وأعراضهم وأنسابهم ، وبتطبيق أوامر الشرع التطبيق السليم تحقق العدل الذي يعتبر ضالة الانسان منذ اهتدى الى التمييز بين العدل والظلم .

---

1) د . صلاح الدين دبوس/ المرجع السابق / ص298، ولعل الاخوة المختصين بالقانون الاداري يلتفتون الى هذه الآراء ودراستها للاستفادة منها في أحكام القانون الاداري وبخاصة في نظرية الموظف الفعلي .

المبحث الثاني

معنى مبادئ الشريعة الاسلامية عند أنصار الاتجاه المضيق

منذ صدر القانون المدني المصري سنة 1949 ونصه على مبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رسمي احتياطي الى جانب العرف ، ومبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، واقتباس هذا النص من طرف واضعي التشريعات المدنية العربية ، والفقه يحاول تحديد معنى مبادئ الشريعة واتجه اتجاهات مختلفة ، منها اتجاه ضيق كثيرا في هذه المبادئ ، اذ ذهب أحد الآراء التي ضمها الى أفكار اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي بمعنى الكلمة ، وذهب رأي آخر ، الى أن معنى هذه المبادئ هي نصوص الكتاب والسنة ، وقد اسمينا هذا الاتجاه ، ... بالاتجاه المضيق ، وسنتناوله في فرعين :

الفرع الأول : **الرأي الذي ينفي عن الشريعة صفة المصدر :**

صاحب هذا الرأي هو الأستاذ سمير تناغو الذي يرى ان المبادئ العامة للقانون هي (الافكار الأساسية المعبرة عن فكرة الوجود السائدة في المجتمع ، والفكرة السائدة في مصر تتلخص في الايمان بالله وبالرسالات السماوية ، والأخلاق الطبيعية العقلية ، وعلى هذا النحو فإن الايمان بالقانون الطبيعي يعتبر ايمانا نابعا من التصور الفلسفي للحياة لدى الشعب المصري ، وبالتالي فان المبادئ العامة التي يمكن استخلاصها من القانون الطبيعي بصفة مؤقتة تلك الواردة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، تعتبر من المبادئ العامة للقانون المصري .

وكذلك فان المبادئ العامة التي يمكن استخلاصها من الرسالات الدينية وبصفة خاصة الاسلام باعتباره دين الاغلبية العددية من السكان تعتبر أيضا من المبادئ العامة للقانون المصري ، فالرسالات الدينية جزء لا يتجزأ من التصور الفلسفي للوجود السائد في مصر .

وفي هذا التفسير يمكن فهم المقصود من المادة الثانية من دستور مصر الدائم سنة 1971 التي تقرر (ان الاسلام دين الدولة . . ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسي

نشريع) ولكن النص يقصد ان الاسلام هو التعبير الجوهري ، عن الفكرة العامة للوجود السائدة (1)
بمصر نتيجة لايمان العدد الغالب من السكان بهذا الدين) .

ثم بين ان هذا النص لا يتعارض مع النصوص الواردة في الدستور التي يكفل حرية
عقيدة ولا يتعارض مع اسهام العقائد الدينية الأخرى ، وايمان الشعب المصري بالمبادئ
الاخلاقية العقلية ، وهي المبادئ المستوحاة من القانون الطبيعي ، والتي أمكن التعبير
عنها في الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، والتي نقل عنها الدستور المصري عشرات النصوص
من العوامل المختلفة تساهم في تكوين التصور الفلسفي للوجود والكون . (2)

وبجانب المبادئ العقلية الطبيعية ، فان مبادئ الشريعة الاسلامية تعتبر كذلك
من المبادئ العامة للقانون المصري ، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون كما تنص المادة الثانية
من الدستور ، في صياغة غير دقيقة ، ذلك ان مبادئ الشريعة الاسلامية بحسب هذا النص
لا تصبح قاعدة قانونية ، الا اذا اخذ بها المشرع نفسه ، والمشرع مطالب بحكم هذا النص
باستلهام مبادئ الشريعة الاسلامية ، ولكن هذه المبادئ لا تصبح قاعدة قانونية الا بعد أن يتم
المشرع عمله فعلا باصدار التشريعات المستوحاة من المبادئ المذكورة ، ويكون مصدر القاعدة في
هذه الحالة هو التشريع وليس المبدأ العام الذي أوحى به). (3)

والرجوع الى المبادئ العامة للتشريع الاسلامي ليس مفروضا على المشرع وحده
بل مفروض على القاضي أيضا بحكم نص المادة الاولى من القانون المدني وطبقا لهذا النص فان
القاضي أن يستلهم مبادئ الشريعة الاسلامية للعثور على حل للنزاع المعروض أمامه ، اذا لم
يجد قاعدة في مصادر القانون الوضعي يمكن تطبيقها على هذا النزاع ، وهناك اتجاه سائد
في الفقه يرى تفسير هذا النص على النحو الذي يجعل من مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا
رسميا احتياطيا من مصادر القانون المصري ، وهو مصدر يأتي في الترتيب بعد التشريع وبعد
العرف ، ومع ذلك فاننا نعتقد ان مبادئ الشريعة الاسلامية لا تعتبر من مصادر القانون

(1 ، 2 ، 3) سمير تناغو / المرجع السابق/ ص 161 ، 162

لكنها تعتبر من المبادئ العامة للقانون المصري .(1)

وبعد توجيه النقد للرأي الذي يجعلها مصدرا رسميا بالرجوع الى الاعمال التحضيرية(2) التي كانت تندىعلى استلهام مبادئ الشريعة ، والتي حاول التركيز عليها لنفي صفة المصدر عن مبادئ الشريعة ، عاد واعترف بأنها مصدرا ، وبين ان المادة التي يرجع اليها القاضي هي المبادئ الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة ، وهذه المبادئ لا تعدوا ان تكون الافكار الجوهرية الاساسية في الشريعة ، ورجوع القاضي لا يعتبر تطبيقا لقواعد قانونية تفصيلية ولكنه استلهام للمبادئ العامة الكلية وللمرجهات والافكار الاساسية التي تقوم عليها الشريعة الاسلامية ، وهذه المبادئ العامة تعتبر جزءا من المبادئ العامة للقانون المصري(3) ولها الاولوية على المبادئ المستمدة من القانون الطبيعي ، وقواعد العدالة ، وسبب هذا التفضيل ان مبادئ الشريعة الاسلامية أكثر تحديدا من المبادئ المستمدة من القانون الطبيعي.(4)

هذا هو رأي الاستاذ تناغو ، وقد نقلناه بعبارته ، مراعاة للامانة العلمية من جهة وحتى تكون النتائج التي نستخلصها منه متصلة بمصدرها من جهة أخرى .

مايستخلص من رأيه ، انه ينكر اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي أحيانا بصفة صريحة ، وأحيانا بطريقة ضمنية ، وهذا لا يقر عليه من عدة أوجه .

1 ــ ان الشريعة الاسلامية تعتبر من مكونات الفكرة العامة للوجود السائد في مصر وهذا صحيح ، لأن الاسلام نظام حياة متكامل ، ولكن وضعها الى جانب القانون الطبيعي والاخلاق العقلية الطبيعية ، والرسالات السماوية الاخرى لان القانون الطبيعي فكرة مثالية من نسيج الخيال الانساني ، ولم يتمكن من تحديدها وبيان أهم مبادئها ، وصاحب الرأي نفسه اعترف بأن مبادئ الشريعة الاسلامية أكثر دقة وتحديدا من مبادئ القانون الطبيعي

---

1) سمير تناغو/ المرجع السابق/ ص262
2) سمير تناغو/ المرجع السابق / ص363
3) سمير تناغو/ المرجع السابق/ ص265 . 4) نفس المرجع

أما الأخلاق الطبيعية (1) فغير واضحة وغير مفهومة ، اما الرسالات السماوية الأخرى السائدة في مصر ، وان كانت تشترك مع الشريعة الاسلامية في تكوين تصورات معينة للحياة ، لكنها دون الشريعة الاسلامية التي تتجاوزها كثيرا ، فهي لا تقتصر على الجانب المعنوي ، وانما تشمل الجانب العملي والقانوني ، فتكون نظاما قانونيا متكاملا لا يحتاج الى غيره .

أما بالنسبة للجزائر فالأمر يختلف تماما ، لأن الفكرة العامة للوجود ان كان من الواجب القول بها مجاراة لهذا الرأي ، فان تكوينها تساهم فيها عوامل قليلة محددة بوضوح هي الاسلام دون غيره من الرسالات السماوية ، لأن الاسلام هو دين كل أفراد المجتمع باستثناء عدد ضئيل جدا يدين بديانات أخرى ، هذا العدد لا يعتد به في هذا المضمار علاوة على أن بقاء هذا العدد مشكوك لزوال الأسباب التي أدت الى ظهوره ، كما أن نظرة المجتمع الجزائري للاسلام ومفهومه موحد ، لأن المذهب المتبع من طرف الغالبية العظمى من الشعب هو المذهب المالكي (2) ، ويساهم الى جانب الاسلام في تكوين الفلسفة العامة مواثيق الثورة الجزائرية التي أملتها ظروف آتية تمر بها الجزائر ، شأنها في ذلك شأن بقية البلاد الاسلامية .

2 ـ ان وضع مبادئ الشريعة الاسلامية الى جانب المبادئ الواردة في الاعلان العالمي لحقوق الانسان في مركز واحد وان كل منهما يقوم بارشاد واضع التشريع ، والقاضي عند عدم وجود نص في القانون فيه تجاوز ، لأن المشرع نص صراحة على أن مبادئ الشريعة الاسلامية مصدرا رسميا للقانون ، في الدستور وفي القانون المدني ، ولم ينص على مبادئ الاعلان العالمي .

---

1) الطبيعة في اللغة ، الجبلة وهي من ذاتية الأشياء لا تنفك عنها طبقا لقوانين معينة ، فتطبيق هذا المعنى على الأخلاق حسبما عبر الاستاذ تناغو يعني إن الطبيعة وحدها تكفي لارشادنا الى ما فيه صلاحنا ، دون حاجة الى مرشد آخر ، ولكن الامر خلاف ذلك . فهي قاصرة وعاجزة ولذلك أرسل الله الرسل والأنبياء للارشاد الى ما عجز الانسان بطبيعته على ادراكه ، وقد أتم الله الرشد الديني للانسانية ، بارسال سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، برسالة جامعة وخاتمة لكافة الرسالات السماوية . علال الفاسي / مقاصد الشريعة ص5
2) أحد مذاهب أهل السنة في الفروع وفي الأصول كذلك .

واعتراف المشرع له قيمته ، اذ يستطيع القاضي في بعض الاحيان الامتناع عن تطبيق التشريع العادي المخالف لمبادئ الشريعة الاسلامية لعدم دستوريته ، ويمكن الطعن بالالغاء أمام المحكمة الدستورية لنفس السبب في أي تشريع عادي أو فرعي ، ولكن اللجوء الى هذا لمخالفة التشريع للمبادئ العامة لحقوق الانسان غير ممكن ، وقد ذكر الأستاذ تناغو ، ان القضاء في الدول الاوروبية رفض اعتبار الاعلان العالمي لحقوق الانسان موجبا بذاته لالغاء القوانين المخالفة والمتعارضة مع المبادئ المعلنة في هذا الاعلان (1) .

ان مبادئ الشريعة الاسلامية علاوة على كونها مصادر رسمية بنص القانون ، من السعة والشمول ، والكفاية ، مما يجعلنا في غنى عن بقية المصادر والمبادئ مهما كانت طبيعتها .

3 ـ عندما اعترف بأن الشريعة مصدرا رسميا ، استنادا الى نص المادة الاولى مدني والمادة الثانية من الدستور المصري لسنة 1971 احتفظ بمفهومه لمبادئ القانون الطبيعي ، وللمبادئ العامة للقانون ، وطبقه على الشريعة الاسلامية ، التي حدد المقصود بمبادئها بأنها المبادئ العامة والافكار الجوهرية الأساسية في الشريعة (2) ، وليست القواعد القانونية التفصيلية ، واشترط أن تكون هذه الافكار الجوهرية لم يحصل فيها خلاف بين المذاهب المتعددة وهذا التفسير يؤدي الى أن القاضي الذي يتصدى لتطبيق مبادئ الشريعة الاسلامية في حالة غياب النص في التشريع أو العرف ، حسب الترتيب الوارد في المادة الاولى مدني مصري وفي حالة فقدان حكم في التشريع وفقا للمادة الاولى مدني جزائري ، يجب أن يلم الماما كاملا بالاسلام كعقيدة وشريعة ، يؤهله لمعرفة المبادئ العامة للشريعة ، وان تتوافر لديه ملكة الاستنباط ، أي يصبح مجتهدا وفقا للشروط التي حددها الاصوليون . في حين أن اللجوء الى مبادئ الشريعة لايحتاج الى كل هذه الشروط ، لأن القاضي بعمله لايضع قاعدة عامة ، وانما هو يفصل في الواقعة المعروضة أمامه ، ومن الممكن أن يتغير نفس الحكم في واقعة لاحقة ، ويكفيه هنا الرجوع الى أي كتاب فقهي موثوق به ويستخلص منه الحكم المطلوب دون أن نحمله عناء التأكيد من عدم وجود خلاف في المسألة بين المذاهب .

1) 2) سمير تناغو / المرجع السابق/ ص258 ، 265

الفرع الثاني :الاتجــاه المضيــق في مفهــوم مبــادئ الشريعة

تعرضنا في الفرع السابق لأحد الاتجاهات التي حاولت تحديد مبادئ الشريعة الاسلامية . وهو كما رأينا حاول نفي صفة المصدر عن الشريعة ، ولم نتوقف عنده كثيرا لانه رأي واضح ، انتهى الى نتيجة تخالف ماذهب اليه ، فقد سلم في النهاية باعتبار مبادئ الشريعة مصدرا ، وانظم الى الآراء الأخرى والتي اعتبرناها اتجاها مضيقا وسبب اعتبارها كذلك ، ان اصحابه يرون الاقتصار على مانصت عليه المصادر الأصلية ، الكتاب والسنة فقط .

هذا الاتجاه هو الذي أخذ به أكثرية فقهاء القانون العرب ، وبه يأخذون ، وان كانوا مختلفين نوعا ما في الافصاح عن آرائهم التي تدور كلها حول معنى واحد ، سنعرض هذا الاتجاه بآرائه المختلفة ، ثم نحاول بيان مدى نجاحه في تحديد مبادئ الشريعة ونبدأ بالرأي الذي لم يحدد هذه المبادئ ، أو لم يفصح عن رأيه صراحة .

يرى أغلب فقهاء القانون الوضعي ان المقصود بمبادئ الشريعة الاسلامية الواردة في المادة الأولى مدني جزائري ، وفي بقية التشريعات العربية أنها (مبادئ الشريعة وأصولها الكلية وحدها ، التي لايختلف جوهرها باختلاف المذاهب دون حلولهـا التفصيلية ، أو أحكامها الجزئية التي تتفاوت الآراء بشأنها بتفاوت المذاهب والفقهاء على أن يكون مفهوما وجوب عدم تعارض مبادئ الشريعة الاسلامية المأخوذ بها مع المبادئ الأساسية للقانون...الوضعي الحالي لضمان تجانس أحكامه على اختلاف مصادرها وامتناع تنافرها)[1] .

---

1) حسن كيره / المرجع السابق . أنور سلطان/ المرجع السابق . حمدي عبد الرحمن مبادئ القانون / دار الفكر العربي . سمير تناغو / المرجع السابق . ابراهيم الخليلي المدخل القانون / ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر .

هذا الرأي يرى ان مبادئ الشريعة هي المبادئ العامة والأصول الكلية دون تحديد دقيق لهذه المبادئ ، وأنه لايرى الأخذ بالآراء الفقهية المختلفة التي استنبطها الفقهاء ، واشترط أن يكون مايستقي من مبادئ الشريعة متفقا مع المبادئ العامة الأساسية للقانون الوضعي ضمانا لعدم تنافر أحكامه . هذه هي الفكرة الرئيسية لهذا الاتجاه، وهو بهذه الكيفية من التعميم يسمح بابداء الكثير من الملاحظات .

1) لم يحدد أصحاب هذا الرأي ماهي هذه المبادئ العامة والأصول الكلية في الشريعة ، وماهي المبادئ العامة للقانون ، وماهو المعيار الذي نعتمد عليه عند تحديد كل واحد منها ، هل نستخدم المعيار المستمد من الفقه الاسلامي ذاته ، أم المعيار الذي وضعه رجال القانون ، ومايبدو من سياق الفكرة ان هذا المعيار هو معيار القانونيين وليس معيار فقهاء الشريعة ، والسبب في هذا أنه لوكان القانونيون قد اعتمدوا على رأي فقهاء الشريعة لما كنا في حاجة الى مثل هذه الدراسة أصلا ، لأن معيار فقهاء الشريعة واضح لايعني الا شيئا واحدا في هذا المجال ، وهو الأحكام العملية سواء كان مصدرها الكتاب أو السنة أو الاجماع أو الاجتهاد .

ومعيار القانونيين كما رأينا هو المبادئ العامة والأصول الكلية ، لكن هذه المبادئ والأصول لاتدل على معنى محدد ، ربما كان عدم وضوحه أنه مصطلح فلسفي والمصطلحات الفلسفية شأنها شأن الفلسفة ذاتها ، عبارة عن أفكار مجردة تستعصي على التحديد ، وقد أشرنا من قبل الى مايمكن أن يوحي به مصطلح مبادئ من معاني مختلفة أحدهما الأساس الذي يبنى عليه ، والثاني الغاية التي يمكن الوصول اليها ، وواضح أن المعنى المقصود هو المعنى الثاني ، وهذا بالنظر الى الغاية من القانون ، وهي تحقيق العدل ، الا أن آراء الفقهاء التي أشرنا اليها لاتعنى هذا ، وانما تعني الوسائل التي يمكن بواسطتها الوصول الى هذه الغاية ، ولعل هذا أحد المشاكل في القانون بصفة عامة ، التي تحول دونه ودون التقاء مفاهيمه وأساليبه ، مع الشريعة

وعند محاولة الاسلامية كعام ، ففي القانون تستخدم مثل هذه الافكار التي تبدو كبيرة ومتكاملة ، وعند محاولة تطبيقها لاتسعفه كثيرا ، وقد رأينا من قبل كيف أن بعض القانونيين رأى في القانون الطبيعي مثلا أعلى يجب استلهامه ، وكيف كانت هذه الفكرة رائجة منذ القديم وانتشرت ، ولكن عند محاولة تجسيدها في حقائق ملموسة وقواعد ثابتة يمكن تطبيقها عليها ، رأينا أن بعض الفقهاء نهى عن تحديده وكذلك الشأن بالنسبة المبادئ فقدنا دراسها جميعا ، وعند التطبيق رأينا أنهم اختلفوا (1) البعض استمدها من التشريع ذاته ، وبعضهم استمدها من مصدر خارجي ، وهؤلاء الذين استمدوها من مصدر خارجي لم يجدوا أمامهم الا الاعلان العالمي لحقوق الانسان ، أما في الشريعة الاسلامية فالأمر خلاف هذا ، فهي لاتعتمد على نظريات كثيرة وكبيرة ، وانما تعتمد على فروع عملية واضحة ومجسدة مستمدة من أدلة ثابتة وواضحة ، قد تكون نصا آية أو حديثا نبويا أو اجماعا أو قياسا أو المصلحة المعتبرة شرعا ، والقياس والمصلحة هما في الحقيقة تطبيقا للنصوص وحملا عليها لايخرجان عنها وانما يدوران في فلكها ويتبعانه والفرق بينهما ان القياس يحمل على نص واحد محدد ، أما المصلحة فتحمل على مجموعة نصوص جزئية ، أو تحمل على جميع نصوص الشريعة ، وهي في جميع الحالات لاتخرج عنها ولاتبتعد ، ولهذا لم يستخدم فقهاء الشريعة مصطلحات غير واضحة ، وانما استخدموا مصطلحات كالأصول والقواعد والمقاصد (2) .

بعد هذا فاننا نسلم بمصطلح المبادئ ونستخدمه بمعنى الأصول العامة ، اعتمادا على قاعدة (لامشاحة في الاصطلاح) ولأن فقهاء القانون الوضعي لايقصدون الغاية ، لنرى ماهي النتيجة التي نصل اليها بواسطته ، اعتمادا على معناه عند فقهاء الشريعة ، الذين نجدهم يستخدمون مصطلح الأصول للدلالة على معنيين .

أحدهما يقصد به المنهج المتبع في استخلاص الأحكام واستنباطها وهو مايعرف بعلم أصول الفقه وهو يتفق مع المعنى اللغوي الذي يعني مايبنى عليه ، وعلم أصول الفقه كما رأينا

---

1) علال الفاسي/ المرجع السابق .
2) فتحي الدريني/ الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب/ ص9 ، 10 .

من قبل علم ضابط لعمل المجتهد ، حتى يكون عمله صحيحا ، وهذا لايدخل فيما يريده القانونيين فهم يقصدون الثمرة التي تأتي من وراء تطبيق هذا العلم وهي الأحكام العملية .

والمعنى الثاني يقصد به القواعد حسبما نتعرض لها في المبحث التالي ، وهي تختلف باختلاف العلوم فهناك قواعد في علم أصول الفقه ، وقواعد في علم الفقه كذلك ، والأخيرة محل اختلاف .

فالمعنى المقصود بالمبادئ العامة والأصول الكلية في هذا الرأي ليس المعنى السابق أحدهما يتعلق بالمنهج ، والثاني ليس محل اتفاق ، كما لايدخل فيه مايعرف بأصول الدين وهي الأركان الأساسية للاسلام ، الايمان والصلاة ، والزكاة ، والصوم ، والحج الى آخره ، مما يعرف بالمعلوم من الدين بالضرورة ، وهذه متفق عليها كأصول ، فالصلاة مثلا متفق عليها أنها خمس صلوات في اليوم موزعة بين الليل والنهار ، وعدد الركعات ، أما الكيفيات ففيها نوع من الاختلاف ، كما هو ملاحظ في الصلاة مثلا ان يضع البعض أيديهم على صدورهم في حين يطلقها الآخرون[1] . والأصول بهذا المعنى لانعتقد أنها المقصود بمعنى المبادئ في اصطلاح القانونيين وهذه هي الأصول المتفق عليها بين جميع المذاهب والفقهاء في الحقيقة ، وما ذكرناه من وجود نوع من الاختلاف في الحقيقة اختلاف بسيط لايعتد به . فما هو المقصود اذا بالمبادئ العامة والأصول الكلية ؟ .

2) المحافظة على أشياء غير موجودة .

3) اصرار أنصار هذا الاتجاه على استبعاد الآراء الاجتهادية نهائيا .

ولانتعرض للملاحظتين الأخيرتين هنا ، وانما نؤجلها الى حين ، ونعود لاستكمال الملاحظة الأولى ، والاجابة على السؤال الذي توقفنا عنده ، وهو ما المقصود بالمبادئ والأصول الكلية ؟ اجاب على هذا السؤال فقيه آخر وحددها (يراد بمبادئ الشريعة الاسلامية تلك التي تستخلص من نصوص الكتاب والسنة ، كالأمر بالعدل ، والمساواة ، والنهي عن أكل أموال الناس بالباطل

---

1) مالا يجوز فيه الخلاف بين المسلمين / الشيخ عبد الجليل عيسى / مكتبة الشعب / القاهرة ط4 / 1974 / ص 27 .

وكقاعدة الخراج بالضمان) ، ثم ميز بين مبادئ الشريعة الاسلامية ، وأحكام الفقه بقوله[1] (واضح مما تقدم أن ثمة فارقا بيّنا بين أحكام الفقه الاسلامي ومبادئ الشريعة ، فالاولى مدونة في الكتب الفقهية أما الثانية فهي كما قدمنا تستخلص من نصوص الكتاب والسنة ، كقاعدة الخراج بالضمان ، ويلاحظ أن القانون المدني الأردني قد انفرد في اعتبار كل من الشريعة الاسلامية والفقه الاسلامي مصادر رسمية على حد سواء ، في حين أن القوانين العربية الاخرى قد اكتفت باعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية وحدها مصدرا رسميا . . . قدمنا أن القانون المدني الجزائري قد اقتصر على مبادئ الشريعة مصدرا رسميا وعلى ذلك فان تطبيق الأحكام التفصيلية في النوازل التي سكت القانون عنها يغدو ممتنعا في ظل هذا القانون) هذا ما انتهى اليه[2] بعد أن بيّن سبب استبعاده للفقه والمتمثل عنده (الفقه من صنع العقول البشرية ، والعقول البشرية عرضة للخطأ والصواب ، فلا غرو أن نجد في كتب الفقه بعض المباحث والقواعد التي لا تمت للقانون وللعلم والعقل بصلة ، ولم يخلقها سوى جهل القدماء لبعض الحقائق ، وتصورهم جواز مالا يجوز في نظر العقل والعلم الحديث ، كاعتقاد بعضهم بامكان النكاح بين الجن والانس)[3] .

هذا الرأي قصر بدوره مفهوم مبادئ الشريعة ، ولكنه أفضل من الرأي السابق اذ امتاز عنه بتحديد مبادئ الشريعة الاسلامية بما يستخلص من الكتاب والسنة ، وان كان يتفق معه في

1) وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص86 .
2) المرجع السابق / ص88 .
3) المرجع السابق / ص88 / هامش 8 .

يعتبر القانون المدني الاردني أحدث قانون مدني عربي ، واختلف عن بقية القوانين العربية في المصادر ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة الاولى منه على (اذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الاسلامي الاكثر موافقة لنصوص هذا القانون فاذا لم تجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية) وجاء في مذكرته الايضاحية في هذا الصدد مايلي : (رؤي التصريح بأنه اذا لم يوجد نص في القانون يرجع (القاضي) لأحكام الفقه الاسلامي على اختلاف مذاهبه ويختار منها مايكون أكثر موافقة لنصوص القانون ، واذا لم يعثر ينتقل حينئذ لمبادئ الشريعة الاسلامية ، وذلك لأن مايتميز به هذا المشروع هو اعتماده على أحكام المجلة والفقه الاسلامي أولا ، فان لم توجد ينتقل لأحكام القواعد العامة ، أما الاعتماد على مبادئ الشريعة الاسلامية فقط ، فلا يجعل لهذا القانون أية ميزة على غيره من قوانين الدول العربية) وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص89 .

استبعاد آراء الفقهاء أو الاجتهاد ، وحتى في هذه النقطة امتاز على الرأي السابق ، اذ بيّن سبب استبعادها . ولكنه اكتفى بهذا ، ولم يبيّن كيفية استخلاص هذه المبادئ ، ومن الذي يتولى استخلاصها ، وما هي الصعوبات التي يمكن أن تثور في هذا الصدد لأن الاحالة على نصوص الكتاب والسنة فقط ، هو من الصعوبة بمكان خاصة وأن المادة الأولى موجهة للقانونيين فقط .

هذه هي التساؤلات التي يثيرها هذا الرأي الذي وضح لنا هذه المبادئ .

نعتقد أنه قد اتضحت لنا معالم هذا الاتجاه ، ويمكن أن نضيف اليه الملاحظات السابقة التي أشرنا اليها ولم نوضحها ، وقد أجلناها لأنها تتفق مع هذا الرأي في أنها تعتبر في مجموعها أسبابا لاستبعاد الآراء الاجتهادية قبل مناقشتها ، نعرض مدى امكانية استخلاص هذه المبادئ بدون الرجوع الى الآراء الاجتهادية .

مدى امكانية استخلاص مبادئ الشريعة بدون الرجوع الى الآراء الاجتهادية :

يدعو هذا الاتجاه الى استخلاص مبادئ الشريعة من نصوص الكتاب والسنة ، والاستغناء عن الآراء الاجتهادية لأسباب علمية ، ولما كانت المسألة مسألة علم فان الشريعة علم ، الى جانب كونها عقيدة والاستفادة منها على وجه صحيح تتطلب أن تتم دراستها دراسة علمية بقواعدها وأساليبها ، حتى تكون النتائج المحصل عليها مقبولة يمكن الاطمئنان اليها ، لذا سنشير الى أهم المعارف التي يجب على المستنبط منها الالمام بها الماما كاملا ، حتى يكون استنباطه صحيحا ويأتي في مقدمتها :

1) معرفة الكتاب : يطلق الكتاب في اللغة على كتابة ومكتوب ، وغلب استعماله في عرف أهل الشرع على القرآن الذي يعني في الاصطلاح (اللفظ العربي المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم ، المكتوب في المصاحف والمنقول الينا نقلا متواترا) (1) ، وهذا التعريف يقصد به ما أوحى به الله

1) الآمدي / المرجع السابق / ج1/ ص228 . ابن حزم/ الأحكام/ ج1/ ص95 . محمد شلتوت المرجع السابق/ ص471 . محمد بن علي محمد الشوكاني / ارشاد الفحول / دار الفكر / بدون تاريخ / ص28 . عبد الوهاب خلاف / المرجع السابق/ ص24 . محمد عبد الله بن حميد السالمي شرح طلعة الشمس على الألفية / مطبعة الموسوعة القاهرة / ج1 / ص27 ، محمد سلام مدكور المدخل / ص199 . محمد تقي الحكيم / الأصول العامة للفقه المقارن / دار الأندلس / بيروت / ط2 1979/ ص99 .

لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ، الفاظا ومعاني وأسلوبا ، دون أن يكون للنبي دخل في انتقاء الفاظه ، أو صياغته طيلة مدة البعثة . ابتدأ نزوله بمكة بسورة العلق وهي أول سورة نزلت بمكة واستمر نزوله منجما إلى نزول آخر آية منه وهي قوله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا) فبلغت بذلك مجموع آياته ستة آلاف وثلاثمئة واثنين وأربعين آية موزعة في سور بلغ مجموعها مائة وأربعة عشرة سورة ، أولها الحمد لله ، وآخرها الناس وهذا الترتيب للآيات في السور كان بأمر النبي صلى الله عليه وسلم .(1)

هذا هو معنى القرآن ، وهو مايهمنا هنا كما نلاحظ احتوى على ستة آلاف وثلاثمئة واثنين وأربعين آية ، كل سورة منه أو عدة آيات أو آية واحدة أو حرفا منه يعتبر قرآنا يخضع لما يخضع له القرآن في مجموعه ، روعي هذا لأن الاستنباط منه يتم من آية أو آيات أو حرفا فقط .

هذا المجموع من الآيات أو النصوص هي التي تكوّن الدستور الاسلامي الذي يحكم كل مايتعلق بالمجتمع الاسلامي وبالفرد عقيدة ، اذ به يتعبد ، وشريعة لأنه هو الذي يحكم علاقة الفرد بنفسه وبغيره وبربه ، وهو بهذه الصفة يعتبر المصدر الأول المشريعة ، فلا يجوز اللجوء الى غيره من المصادر الا بعد عدم العثور على حكم فيه بمختلف طرق التأويل التي يعرفها أهل الاختصاص ، الأن طبيعة كونه مصدرا أسمى للأحكام لم تجعل منه كتاب قانون كبقية كتب القانون الأخرى التي ترد فيها الأحكام المتعلقة بموضوع واحد بجانب بعضها ومتلاحقة ، فشكل القرآن ليس من هذا القبيل وانما انفرد بشكل خاص به ، يتمثل في وجود أحكام مختلفة بجانب بعضها ومرتبطة بمعاني فيها الارشاد والتوجيه والوعد والوعيد ، وباختصار كلها من شأنه أن يبث في نفوس المخاطبين شعورا بالهيبة والوقار ، ويحثهم على المسارعة الى جني الفائدة العاجلة والآجلة وذلك بامتثال أوامره واجتناب نواهيه ، ولهذه الطريقة الخاصة كما قيل ايماء خاص ، وهو أن جميع مافي القرآن وان اختلفت أماكنه وتعددت سوره وأحكامه فهو وحدة واحدة لايصح تفريقه في العمل (2)

1) سلام مدكور/المرجع السابق/ ص204 . تقي الحكيم / المرجع السابق / ص100 .
2) محمود شلتوت / المرجع السابق / ص479 ومابعدها . مناع القطان / المرجع السابق/ ص64، 65 . أحمد أمين فجر الاسلام / ط10 / دار الفكر العربي / بيروت/ ص228 .

ولا الأخذ ببعضه دون الآخر ، هذا من حيث منهجه العام ، أما من حيث محتوياته ، فقد درس كتاب الله بعناية فائقة دراسة شاملة من جميع الجوانب ، ومازال يدرس وقد بينت الدراسات المختلفة القصد من انزاله ، وهو أنه معجزة الله الدالة على صدق رسوله ، ومنبع هداية وارشاد ومصدر تشريع وأحكام ، كما بينت محتوياته ، وهي العقائد التي يجب الايمان بها ، الله والملائكة والكتب والرسل واليوم الآخر ، وهذا موضوع علم التوحيد ، والأخلاق الفاضلة التي تهذب النفوس وتصلح من شأن الفرد والجماعة وكالارشاد الى النظر والتدبر في ملكوت السموات والأرض وما خلق فيهما ، قصص الأولين أفراد وجماعات الانذار والتخويف والوعد والوعيد ، وأخيرا الأحكام العملية وهي التي كلفنا باتباعها في علاقتنا بالله سبحانه وتعالى ، وعلاقتنا ببعضنا البعض ، وهذه الأحكام هي التي تكون الجانب القانوني أو التشريعي منه .

هذه الموضوعات الكثيرة هي السبب في ظهور القرآن بشكل آخر غير الشكل المألوف للكتب القانونية ، وهذا لكونه أولا معجزة ، وارشاد ثانيا وتشريع ثالثا ، والجانب الأخير أقل الجوانب فيه ، واتبع فيه الأسلوب الذي اتبعه في مجموعه ، ونص على الأحكام بطرق متعددة ، فقد نص في بعض الآيات على الأحكام مباشرة وحددها تحديدا قاطعا ، وبعض الآيات دون الأولى لم يعين المراد منها بالضبط ، أما من حيث الاجمال والتفصيل ، فقد فصل في البعض وأجمل في البعض الآخر وبعض الآيات لم يصرح بالحكم بنفسه ، ولكن عند ضمه الى غيره من الآيات تستنبط منه أحكاما ، كما أن بعض الآيات بقيت تلاوته ونسخ حكمه ، ونشير الى هذه النقاط باختصار .

1) من حيث الدلالة على الأحكام : (1) فبعض الآيات صرحت بالأحكام مباشرة وحددتها تحديدا قاطعا كآيات العبادات ، وآيات المواريث ، وآيات تحريم الزنى والقذف ، وأكل أموال الناس بالباطل ، والقتل بغير حق ، وبعض الآيات لم تعين المراد منها على وجه التحديد ، وكانت مجالا للبحث والاجتهاد ، كتحديد المسح بالرأس في الوضوء ، ووجوب النفقة للمطلقة ثلاثا .

الفرق بين النوعين ، ان النوع الأول يعتبر بمنزلة العقائد وهو واجب الاتباع علينا على

---

1) الشيخ شلتوت / المرجع السابق . مناع القطان / المرجع السابق .
الشيخ محمد الخضري / دار الفكر / بيروت 1981 / ط7 / ص33 ومابعدها الى 103 .

انسان ، فمن أنكره يكون خارجا عن الملة ، بخلاف الثانية فان من أنكر فيه فهما معينا تحتمله ة كما تحتمل غيره ، وكل مجتهد مصيب يتبع ماترجح لديه .

2) **من حيث الاجمال والتفصيل** : فبعض الآيات فصلت الأحكام ، كالآيات المتعلقة بالعبادات ت المتعلقة بالأسرة ، وبعض آيات الحدود ، هذا اضافة الى دلالتها القاطعة على الأحكام ختلف في تبرير هذا ، فقيل بأن أحكام هذا الجانب تعبدي لامجال للعقل فيه (1)، وقيل بأنها من سائل التي أثبتتها الشريعة ، ولاتتغير أحكامها بتغير الزمان والمكان (2)، وكل من السببين قول ومقبول .

فبالنسبة للرأي الأول مثلا من يتأمل الصلاة شرعت خمس مرات في اليوم بكيفيات خاصة تساءل الانسان لماذا خمس صلوات وليس ستة مثلا ، ولماذا هذه الكيفيات وليس كيفيات أخرى يصل الى جواب قاطع وما عليه الا التسليم بها كما هي ، وهذا هو الجانب التعبدي .

أما بالنسبة للرأي الثاني فان الاستقراء أثبت أن هذه الآيات في مجموعها تحقق مصلحة د والجماعة ، لأن المواضيع التي تعرضت اليها ونظمتها ، هي من المسائل الأساسية للنظام جتماعي تشبع حاجات الانسان الأساسية ، كالحاجة الى الدين ، والحاجة الى الأسرة ، والحاجة الكرامة والاعتبار ، الى آخره ولعل هذا أبسط مثال لعظمة التشريع ، يستطيع أي انسان ي يجد بغيته فيه ، فقد يكتفي بهذا التحليل البسيط ، والذي قد يعتبر ساذجا ، ويمكنه يتفلسف ويتوسع ويتعمق بشرط أن يظل في الحدود المعقولة ، أما اذا أفرط فان النتائج فرط معروفة دائما .

بعض الآيات لم يفصل فيها ، وجاء بصيغة الارشاد والتوجيه ، كالآيات المتعلقة بالمعاملات ة وحتى التي فصل فيها ، فانه اكتفى فيها بالارشاد والتوجيه كآيات المداينة مثلا (3) . وقيل

د الوهاب خلاف / المرجع السابق / ص 33 .
- مناع القطان / المرجع السابق / ص 66 .
الآيتان 282، 283 التي اختلف المفسرون في عدد الأحكام التي تستخلص منها ، فالبعض استخلص 50 حكما والآخر أكثر ، في حين استخلص البعض أقل ، راجع ابن العربي / المرجع السابق ، القرطبي المرجع السابق . شلتوت / المرجع السابق .

في تبرير هذا أن موضوعات هذه الآيات تتغير بتغير الظروف وتطور الزمن ، ولا يضر هذا التطور والتغيير ، لذلك اكتفى القرآن فيها بالقواعد الكلية حتى يكون الناس في سعة من أمرهم (1). هذا انطلاقا من أن الانسانية قد وصلت الى مرحلة الرشد عندما جاء الاسلام ، فعاملها بهذه الصفة فقد اكتفى بالارشاد ، وقلل كثيرا من الأوامر (2).

3) آيات لم تصرح بأي حكم ولا تعتبر من آيات الأحكام ، ومع ذلك استنبطت منها أحكاما لها قيمة تشريعية بعضها استنبط منها دون ضمها الى آيات أخرى (كاستنباط الامام الشافعي تحريم الاستمناء باليد من قوله تعالى (الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) الى قوله تعالى (ومن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون) واستنباطه صحة أنكحة الكفار من قوله تعالى (وامرأة فرعون) و(وامرأته حمالة الحطب) واستنباطه حجية الاجماع من قوله تعالى (ومن لم يتبع غير سبيل المؤمنين) (3).

ومنها ما استنبط منه الحكم مع ضمه الى غيره كاستنباط علي ، وابن عباس رضي الله عنهما أن أقل مدة الحمل ستة أشهر من قوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهرا) مع قوله تعالى (وفصاله في عامين) .

---

1) لعلنا نلاحظ تطور بعض الأنظمة القانونية في هذا المجال يكفي للدلالة على صحة هذا المعنى : فقد كان القانون الروماني مثلا موغلا في الشكلية ، وكانت هذه الشكلية ترهق في التطبيق كثيرا وجاء رد الفعل على هذا في مرحلة لاحقة معاكسا لهذه الشكلية والمتمثل في الاتجاه الحر الذي ظهر في العصور الوسطى ممثلا في التجاريين الذين وضعوا قواعد لأنفسهم وبسطوها لأقصى درجات البساطة ، فقد اعتمدوا العرف كمصدر أول وأساس لهم ، والعرف كما هو معروف غير منضبط وغير محدد فشاع هذا الاتجاه وانتشر ، واعتبر أحد دعائم القانون التجاري لفترة طويلة من الزمن ، ثم بدأ يفقد قيمته وتزول عنه الهالة التي أحيط بها تدريجيا ، وأصبح الآن أهم ما يعتبر من صميم العمل التجاري يخضع للشكلية مع اختلاف في الدرجة ، فأحيانا تكون ركنا من أركان الانعقاد وأحيانا كشرط للاثبات ، كما هو الأمر في الجزائر في الوقت الحاضر فقد نص قانون التوثيق الصادر في سنة 1970 في المادة 12 منه على هذا واختلف في طبيعة الشكلية المنصوص عليها ، هذا الاختلاف في الحقيقة لا يهمنا هنا ، فالمهم أن هذه المادة أخضعت المحل التجاري للشكلية / تفصيل هذا أنظر: ثروت أنيس الاسيوطي / الصراع الطبقي وقانون التجار ، فلو أخضعت الشريعة المعاملات لأشكال ثابتة ومحددة لكانت جامدة ، ولو تركتها حرة لكانت مائعة وانما اتخذت موقفا وسطا نصت على قواعد أساسية باختصار فوفقت بذلك بين الحاجة الى النظام والحاجة الى المرونة .

2) مصطفى المراغي / المرجع السابق / ج6/ ص 131، 132// (3) بدر الدين الزركشي: البرهان في علوم القرآن / تحقيق محمد أبو الفضل ابراهيم / دار احياء الكتب العربية/ 1957 / ج1/ ص3

ومثال استنباط الأصوليين أن تارك الأمر يستحق العذاب أو العقاب من قوله تعالى (أفعصيت أمري) مع قوله تعالى (ومن يعصي الله ورسوله فان له نار جهنم) .

هذا الى جانب الأحكام الأخرى التي استنبطت بهذه الطريقة ، والتي لم تأت من آيات الأحكام ، وانما من آيات داخلة في مواضيع غير مواضيع الأحكام كقصص القرآن ، ولهذا يتجه رأي الى عدم الاقتصار على آيات الأحكام ، هكذا جاءت نصوص القرآن وبهذا الأسلوب (1) ، ولذلك اختلف العلماء في آيات الأحكام من حيث عددها فقيل بأنها خمسمئة ، وقيل أقل وقيل أكثر ، فابن العربي والزركشي ذكرا هذا العدد ، وكذلك الأستاذ مدكور والشيخ تقي الحكيم ، أما الشيخ عبد الوهاب خلاف فذكر أن هذا العدد حوالي 228 آية ، والشيخ شلتوت أشار الى حوالي 340 آية في حين ذكر البعض أقل من هذا ، كالأستاذ شفيق العاني ، ولكن الشوكاني ذهب الى أن الآيات التي تستقي منها الأحكام غير قابلة للتحديد .

فالآراء مختلفة حول عدد آيات الأحكام ، وهؤلاء هم أهل الاختصاص ، فالذي يتصدى للاستنباط من القرآن اذ لابد وأن يرجع اليه كله ، وهو كما أشرنا من قبل أكثر من ستة آلاف نص ، هذا العدد الكبير فيه ما نسخ وماعدلت أحكامه ، بعض هذا النسخ والتعديل جاء في القرآن نفسه (2) وبعضه جاء في السنة .

2) **النسخ** : هو رفع الحكم الشرعي بحكم شرعي متأخر ودليله قوله تعالى (ماننسخ من آية أو ننسها نأت بخير منها أو مثلها) وقد اتفق العلماء على وقوع النسخ في القرآن باستثناء الراغب الأصفهاني ، كما ذكر الأستاذ مصطفى زيد .

وللعلماء كلام كثير في الموضوع ، ومناقشات وبراهين عقلية ونقلية تشعب الموضوع بسببها وقد حصرها الأستاذ مصطفى زيد في رسالة جامعية ، وهي أحسن مرجع للاطلاع ، أما البحث والتحقيق فشئ آخر . ويهمنا هنا صور النسخ التي تظهر كالتالي :

1) بدر الدين الزركشي / المرجع السابق / ص 5 .
2) مصطفى زيد/ المرجع السابق . الآمدي/ المرجع السابق/ ج 3/ ص 165 ومابعدها . الشوكاني/ المرجع السابق / ص 183، 184 . السالمي/ المرجع السابق/ ج 1/ ص 269 . أبوزهرة/ أصول الفقه / ص 184 سلام مدكور / أصول الفقه / ص 107 . ابن حزم / الاحكام / ج 4 / ص 59 ومابعدها .

1) ـ قد يكون النسخ بنسخ التلاوة والحكم معا ، ومن هذا ما روته عائشة رضي الله عنها (كان فيما أنزل عشر رضعات محرمات ثم نسخن) .

2) ـ قد يكون النسخ بالتلاوة فقط مع بقاء الحكم ، ومن ذلك ما روي أنه كان فيما نزل (الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله) فنسخ اللفظ وبقي حكمه معمولا به .

3) ـ قد يكون النسخ خاصا بالحكم فقط ، ومن ذلك ما قالوه بالنسبة لحكم الوصية في قوله تعالى (كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين) فقد نسخ الحكم بآيات المواريث .

هذا من حيث أقسام النسخ أو صوره . أما البديل فقد تنسخ الآيات دون أن يستبدل حكمها بحكم جديد كقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا اذا ناجيتم الرسول فقدموا بين يدي نجواكم صدقة) فقد نسخ الحكم بقوله تعالى (أأشفقتم أن تقدموا بين يدي نجواكم صدقة) وقد ينسخ الحكم ويستبدل بحكم مساوله ، كنسخ استقبال بيت المقدس باستقبال الكعبة ، وقد يكون الحكم الناسخ أخف من الحكم المنسوخ ، كحكم عدة المتوفي عنها زوجها ، من الحول الى أربعة أشهر وعشر ، وقد يكون البديل أشد ، كنسخ اباحة الخمر بتحريمها ، وقد يكون النسخ كليا الى كل الافراد كابطال اعتداد المتوفي عنها زوجها حولا ، وتكليفها بأن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام ، وقد يكون النسخ جزئيا لبعض الافراد دون سائر العباد ، من ذلك نسخ حكم القذف بالنسبة للأزواج بتشريع اللعان (1) . وقد لخص الشيخ أبو زهرة شروط النسخ كما يلي :

1) ـ الا يكون الحكم أبديا ، ويكون كذلك اذا اقترن بعبارة تفيد ذلك كحكم الجهاد .

2) ـ الا يكون الحكم المنسوخ من الأمور التي اتفق العقلاء على حسنها أو قبحها ، مثل الايمان بالله تعالى ، وبر الوالدين ، والصدق ، والعدل ، والظلم ، والكذب ، وغير ذلك وقد اثبت الاستقراء أنه لم ينسخ حكم على هذه الشاكلة .

3) ـ أن يكون النص الناسخ متأخرا في النزول عن النص المنسوخ ، لأن النسخ انهاء

1) سلام مدكور / أصول الفقه/ ص108، 109 .
2) أبو زهرة / أصول الفقه/ ص190 ، 191 .

هذا هو المقصود بأسباب التنزيل ، وهذا مثال للتأويل الذي لايراعيها ، وأي تأويل آخر مشابه له تكون نتيجته الخطأ دائما ، ولعل أحسن مثال لهذا التأويل الخاطئ ، تأويل الخوارج فقد كانوا متدينين ، مفرطين في عباداتهم زاهدين في الدنيا مستبسلين في الدفاع عن الاسلام حسب رأيهم ، ولكن ذلك لم يقبل منهم بسبب تأويلهم الخاطئ لنصوص الكتاب تأويلا عقليا محضا معتمدين على ظاهر القرآن ، وعلى اللغة وحدها ، دون التفقه في الدين تفقها كاملا ، بالاخذ عن الصحابة ولكنهم وقفوا من الصحابة موقف الند للند في كل شئ فأدى بهم هذا الى تأويل آيات وردت في الكفار وطبقوها على المسلمين فكفروا الجميع ، واستباحوا دمائهم ، وهذا كان السبب الرئيسي في القضاء على فكرتهم .

المصدر الثاني : السنة .

السنة هي المصدر الثاني من مصادر التشريع الاسلامي باتفاق جميع أفراد الأمة الاسلامية تقريبا ، واليها احال هذا الاتجاه مباشرة دون قيد أو شرط ، كما أحال على القرآن ، لذا فاننا نكتفي بالاشارة الى أهم النقاط ونبدأ بتعريفها .

تعرف السنة في اللغة بأنها الطريقة أو السيرة محمودة كانت أو مذمومة حسنة كانت أم سيئة وبهذا المعنى ورد الحديث الشريف (من سنة سنة حسنة فله أجرها وأجر من عمل بها الى يوم القيامة) (1) . أما في الاصطلاح فلا يختلف عن هذا المعنى بسبب الاختلاف الحاصل حول السنة ، فقد رأى البعض اضافة الى ماروي عن بعض الافراد الى السنة فأصبحت السنة عنده تعني ماصدر عن الرسول وعن هؤلاء الافراد ، فقد أضاف الامامية أو الجعفرية ماروي عن الائمة الاثنى عشر ، الى ما روي عن الرسول فأصبحت السنة عندهم أقوال الرسول وأقوال الائمة ، مع اختلاف بسيط في الجزاء الذي يترتب على انكار بعض أنواع السنة (المتواترة) المروية عن الرسول والمروية عن الائمة ، فمنكر

---

(1) الآمدي / المرجع السابق / جـ1 / ص 241 . الشوكاني / المرجع السابق / ص 33 . الشاطبي المرجع السابق / جـ4 / ص 3 . السالمي / المرجع السابق / جـ2 / ص 2 ، 3 . سلام مدكور أصول الفقه / ص 110 . المدخل الفقه / ص 208 . محمود شلتوت / المرجع السابق / ص 190 .

السنة المتواترة عن الرسول يعتبر كافرا ، ومنكر ماروي عن الائمة يعتبر فاسقا . (1)

وقد ذهب الشاطبي من الجمهور الى اعتبار ماثبت عن الصحابة سنة كذلك ، (2) ولكن هذا الرأي مهجور عند الجمهور .

هذا بالنسبة للاتجاهات التي تعتد بالسنة كمصدر ، ولكن هناك اتجاه آخر ظهر في فترة معينة ، رأي الاستغناء عن السنة نهائيا ، بسبب ظهور ظاهرة الوضع في الحديث ، (3) ولكن هذا الاتجاه انقرض ولم يعد له وجود الآن ، ولو لم يشر اليه الامام الشافعي في كتابه الأم لما سمع به أكثر المسلمين ، ولم يعد الآن في الواقع الا معنيين فقط .

المعنى المعمول به عند الجمهور ، والمعنى المعمول به من طرف الامامية أو الجعفرية الاثنى عشرية ، هذا حول معنى السنة ، والذي ظهر في الواقع العملي ، برجود عدة مجموعات من السنة .

1) ـ المجموعة الثابتة عند الجمهور والمتمثلة في الأمهات الستة ، ومايلحق بها من المسانيد والمستخرجات . (4)

2) ـ السنة الثابتة عند الاباضية الممثلة في الجامع الصحيح وهو كتاب واحد فيما يبدو .

3) ـ السنة الثابتة عند الشيعة خاصة الامامية ، ولهم مجموعتهم المتمثلة في كتب الكليني والطبرسي والطوسي

هذه المجموعات مختلفة في أسانيدها بالتأكيد ، أما متون الأحاديث فيوجد اختلاف ، مدى هذا الاختلاف كبير وبسيط ، فذلك لانعرفه .

---

1) الشيخ محمد تقي الحكيم/المرجع السابق/ ص 147 ومابعدها . الشيخ أبو زهرة . الامام جعفر الصادق / دار الفكر العربي / القاهرة / بدون تاريخ / ص 357 ومابعدها .
2) الشاطبي / المرجع السابق/ جـ4 / ص 74 .
3) الامام الشافعي / الأم . تحقيق محمد زهدي النجار / المكتبات الأزهرية / القاهرة / بدون تاريخ / جـ 7 / ص 273 ومابعدها .
4) سنشير الى هذه المجموعات في الفصل الأخير .

وقد جرى العمل أن كل فرقة تعمل بمجموعتها ، لأنها تعرف سندها ، درسته ومحصته وأصبحت الأخبار عندها مصنفة الى صحيحة وحسنة وضعيفة الى آخر المصطلحات التي يعرفها أهل الاختصاص، بعد أن قام رجال الجرح والتعديل بواجبهم .

ونعتقد أن هذه الاشارات الأولية كافية لمعرفة مدى صعوبة الاحالة على السنة مباشرة هذا من حيث معنى السنة فقط الذي يظهر أيضا في كيفية العمل بها ، لأنها هي أيضا مثل القرآن ليست كل أحكامها عملية ، وانما اشتملت على ما اشتمل عليه القرآن ، وللأصوليين طريقة خاصة عندما يعرضون السنة كمصدر فهم يتعرضون لسيرة النبي صلى الله عليه وسلم ويحللون ما صدر عنه من أقوال وأفعال وتقريرات ، حسب دلالتها المختلفة ، وينتهون من ذلك الى أن قولا معينا أو فعلا معينا ، يدل على الوجوب أو الحظر أو الاباحة أو الطلب ، الى آخر الطريقة التي يتبعونها (1) والمستنبط لابد وأن يتبع هذه الطريقة ، ولا يعمد مباشرة الى النص ويقرر الحكم ، بل لابد من التحليل المسبق ، ولكي يصل الى هذا يجب أن يدرس السند أولا وقبل كل شئ ، فيتعرض للمصدر الذي تلقى بواسطته النص هل هو مقبول أو غير مقبول ، حسب القواعد التي وضعها ويعرفها أهل الاختصاص، وهذا علم قائم بنفسه .

هذا بالنسبة للذي يلغي كل القواعد التي قام عليها علم الحديث ، لابد وأن يضع نظاما خاصا به ، لأن الائمة أصحاب المذاهب ، اعتبروا أئمة بسبب علمهم أولا ومناهجهم التي اتبعوها وبسبب اختلاف المناهج نشأت المذاهب ، لكن بالنسبة لغيرهم فقد بسط العلماء هذه المعلومات كثيرا وأصبحت في متناول الجميع تقريبا ، والذي يستعملها يعتبر في الحقيقة مقلدا حتى ولو وصل في العلم الى درجة من درجات الاجتهاد المعروفة ، فقد يكون مجتهد منتسب أو مجتهد المذهب الى آخره . فقد حددوا معنى السنة من الناحية الاصطلاحية في معنيين . معنى معمول به من طرف الفقهاء ، وهي الفعل الذي دل الخطاب على طلبه طلبا غير جازم ، فيثاب المرء على فعله ولا يعاقب على تركه وان كان يعاقب .

---

1) راجع في هذا المراجع السابقة في علم أصول الفقه التي أشرنا اليها ، باستثناء كتب المعاصرين ، فان كتبهم مبسطة ، خلاف القدامى الذين يبدأون بمقدمات كلامية طويلة حتى ينتهوا الى المعاني السابقة .

أما عند الأصوليين فهي كل ماصدر عن الرسول في أحكام الشرع غير القرآن من قول، أو فعل، أو تقرير ، ولذلك تقسم السنة عندهم الى :(1)

1) **سنة قولية** : وهي كل ماصدر عن الرسول من أقوال تتعلق بتشريع الأحكام غير القرآنية ، كقوله صلى الله عليه وسلم (لاضرر ولاضرار) وقوله(لايبيع أحدكم على بيع أخيه ولا يخطب عن خطبته) وقوله (صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيته) .

2) **سنة فعلية** : وهي ماصدر عن الرسول من أفعال بقصد التشريع مثل وضوئه وصلاته وحجه ، وقطعه يد السارق اليمنى .

3) **سنة تقريرية** : وهي أن يسكت النبي صلى الله عليه وسلم عن انكار فعل، أو قول صدر في حضوره ، أو غيبته وعلم به ، أو يوافق عليه ، أو يظهر استحسانه ، كاقراره لمعاذ بن جبل على الاجتهاد ، واقراره لاجتهاد علي بن أبي طالب في حادثة الزبية .(2)

أما الأحكام التي جاءت بها السنة فقد تكون مؤكدة لما في القرآن ، كالأمر بالصلاة والزكاة والصوم والحج ، والنهي عن الشرك ، وقد تكون مفسرة للقرآن وذلك في المواضيع التي أجمل فيها القرآن ، ففصلتها السنة ، كبيان مواقيت الصلاة وعدد ركعاتها ، ومقدار نصاب الزكاة ، وشعائر الحج . وقد تكون مقيدة لمطلق القرآن أو مخصصة لعامة ، من ذلك قوله على البحر (هو الطهور ماؤه والحل ميتته) مبينا بذلك النص القرآني الوارد بتحريم الميتة .

والسنة المفسرة أو المؤكدة متفق عليها ، أما المكملة فهناك اختلاف حولها ، اذ يرى بعض الأصوليين أنها تستقل بتشريع الأحكام والزيادة على ماجاء في القرآن ومنهم من لايرى أنها لاتستقل بذلك ، وأن ماجاءت به متفرع عن أصل قرآني عام .(3)

1) سلام مدكور / المراجع السابقة/ المدخل/ ص208 . أصول الفقه / ص110 . الآمدي/ المرجع السابق / ص241 . ابن حزم / ج2/ ص6 . الشاطبي / الموافقات/ ج4/ ص58 . الشوكاني / المرجع السابق/ ص34 . ابن القيم الجوزية/ زاد المعاد/ تحقيق مجموعة من الاساتذة/ دار الكتاب العربي / بيروت/ ج3/ ص195 ومابعدها .ج4/ ص1 الى 22 .حيث ذكر عددا لا بأس به من السنة العملية أو الفعلية .
2) أبو زهرة/ أصول الفقه/ ص110 . سلام مدكور / المدخل / ص213 ومابعدها .
3) أبو زهرة/ أصول الفقه/ ص113 . راجع تفصيل هذا ، ابن حزم الأحكام/ ج2/ ص96 ومابعدها . الشيخ شلتوت/ المرجع السابق / ص497 ومابعدها .

هذا هو معنى السنة ، وهذه هي أقسامها ، وهذا مايعتبر مصدرا من مصادر التشريع ودليلا من أدلة الفقه يرجع اليها في فهم القرآن واستنباط الأحكام .

فقد أصبحنا هنا أيضا أمام ما انتهينا اليه بالنسبة للقرآن ، ولكن في السنة تظهر الصعوبة أكثر ، لأن القرآن كله ثابت وصحيح ، ولم تدخله الزيادة سواء في ألفاظه أو معانيه ، خلاف الحديث الذي دخلته الزيادة ، كما أن السنة كما رأينا موزعة بين مجموعات ثلاث .

نعتقد أن هذا يدلنا على أحد أبعاد الموضوع والمتمثلة في وجود كم هائل من النصوص ففي القرآن أكثر من ستة الاف ، وفي السنة أكثر من هذا العدد بقليل ، اعتمادا على أن ما ثبت عند أهل السنة من الأحاديث يزيد على سبعة آلاف حديث بقليل (1) ، هذا العدد لايشمل الأحاديث المكررة ، فاذا أضفنا اليها ماصح عند الامامية ، وعند الأباضية ارتفع العدد الى أكثر من 20 ألف نص ، وهذا عدد تقريبي (2) فيها بعض النصوص نسخت أحكامها سواء في الكتاب والسنة ونصوص صدرت في مناسبات معينة ، لابد وأن تعرف المناسبة التي قيلت فيها ، وبعضها متفق على حجيته كالقرآن والسنة المتواترة ، وبعضها غير متفق على حجيته ، كالأحاديث المرسلة .

وفي السنة يجب أن يعرف شروط الاسناد عند كل فرقة ، هذا بالنسبة للذي ينظر للشريعة الاسلامية كعلم مجرد عن العقيدة ، يضاف اليها مجموع القضايا التي تم فيها الاجماع لأن الاجماع (3) يعتبر أيضا حجة في حال ثبوته ، وقد ثبت فعلا عن الصحابة ، هذا بالنسبة لأهل السنة وعند الشيعة خاصة الامامية ، فلهم اجماع خاص هو اجماع أهل البيت ، ربما كانت لهم مسائل تم

---

1) الشيخ أبو زهرة . الامام جعفر الصادق / ص 429 .

2) هذا العدد لايتضمن كله أحكاما عملية ، فما يتعلق بها قليل ، فآيات القرآن حسب أرجح الآراء خمسمائة آية كما فسرها ابن العربي ، ولكن القرآن كحجة للنبي موجه لجميع البشر الى الابد ، لاينفرد بفهمه شخص واحد وفي عصر واحد ، فكل عصر يكشف رجاله الجديد منه ، وللامام الغزالي رأيا جيدا في هذا الموضوع ، أما في السنة فبلغت أحاديث الاحكام حوالي 1500 حديث ، كما استخرجها ابن حجر العسقلاني وجمعها في كتاب بعنوانه (بلوغ المرام من أدلة الأحكام) وكالأحاديث التي استخرجها ابن تيمية ، وشرحها الشوكاني في كتابه (نيل الأوطار) الى غير ذلك من المستخرجات الكثيرة ، وقد ذكرنا هذا على سبيل المثال لأننا لم نعرف غيرها .

3) الاجماع مصدر من مصادر الفقه والمسائل التي تم فيها تلحق بالكتاب والسنة من حيث كونها قضايا مفروغ منها لايجوز الاجتهاد فيها مرة أخرى ، هذا هو وجه الحجية فيه .

فيها هذا النوع الخاص من الاجماع .

ومعرفة هذا في الواقع لايتم الا بالرجوع الى المراجع الخاصة، وهذه المراجع صنفها الائمة في هذه العلوم ، فالتفسير مثلا، صنف فيه أبو جرير الطبري وهو فقيه، والقرطبي ، وابن العربي ورشيد رضا ، والمراغي ، والحديث جمعه البخاري ومسلم وابن ماجه ، وغيرهم من أئمة الحديث ، ولاتكفي هذه المراجع بل لابد من الرجوع الى مؤلفات أهل الجرح والتعديل ، وعلم جرا ، وهؤلاء جميعا علماء ، وكل عالم له طريقته وشخصيته ان لم نقتنع بكل ماصنفه فان الاقتناع بأكثره لامناص منه لانه أعلى مستوى في التخصص الذي صنف فيه . ولعلنا بعد هذا لانستغرب ظاهرة وجود مجتهدين واختلاف طبقاتهم وكذلك وجود مقلدين وخضوع كل واحد من الصنفين لأحكام مختلفة ، هذا من حيث مادة العلم فقط . ويضاف اليها مايجب معرفته لفهم هذه المادة وهو اللغة العربية بعلومها الكثيرة ، ونشير اليها هي أيضا باختصار . بعرض آراء بعض الائمة والمجتهدين ، وقبل ذلك نذكر بحقيقة فقط وهي : ان شرط اللغة العربية فرض نفسه لأن القرآن نزل باللغة العربية وكان حجة النبي أي دليل نبوته الذي تحدى به العرب ، وهم أرباب الفصاحة والبيان ان يأتوا بمثله أو بعشر سور فعجزوا أو بسورة فما استطاعوا ، مع أنه بالفاظ هي نفس الألفاظ التي كانوا يستخدمونها بقوانينهم المعهودة ، ولم يستخدم أي لفظ غريب عنهم حتى الألفاظ غير العربية التي جاءت فيه كانت العرب قد عربتها ودخلت في قاموسها .

هذا دليلا على متانة أسلوبه وسمو تراكيبه ، والذي يستطيع أن يفهمه يجب أن يكون في مستوى العرب عند نزول الوحي ، لأنهم كانوا يفهمونه دون حاجة الى إكتساب اللغة والذي يكتسبها بالتعلم يجب أن يحيط بها احاطة تامة عن طريق العلوم التي تساعد على ذلك . حتى يصل الى هذا المستوى ، أي مستوى العرب ، كما حدده الاصوليون .

فالامام الشافعي بين هذا المستوى (ان القرآن نزل بلسان العرب دون غيره ، لانه من ايضاح جمل علم الكتاب أحد جهل سعة لسان العرب وكثرة وجوهه ، وجماع معانيه وتفرقها ، ومن علمه انتفت عنه الشبهة التي دخلت على من جهل لسان العرب .

فكان تنبيه العامة على أن القرآن نزل بلسان العرب، خاصة نصيحة للمسلمين والنصيحة لهم فرض لا ينبغي تركه (1). وقدم هذه النصيحة بعد أن عمل بها، فهو قرشي وبلغة قريش تقريبا نزل القرآن، وجاءت السنة لأن النبي من قريش ولكن في عصره بعد 150 هـ تاريخ ميلاده (2)، كانت عربية أهل مكة قد دخلها اللحن فخرج الى البادية ومكث بها مدة حتى أتقن اللغة النقية اتقانا تاما عد من أئمتها، بفضلها فاز بقصب السبق بمصنفه الرسالة، وهو أول مصنف في علم أصول الفقه كما ذكرنا في مكان سابق، والامام الشاطبي شرح نصيحة الشافعي بمقارنة اللغة العربية بغيرها، فبين أنها من حيث هي الفاظ دالة على معان، نظران: أحدهما من جهة كونها الفاظا وعبارات مطلقة، دالة على معان مطلقة وهي الدلالة الأصلية، والثاني من جهة كونها الفاظا وعبارات مقيدة دالة على معان خادمة وهي الدلالة التابعة. وبيّن أن الوجه الأول تشترك فيه جميع اللغات أما الوجه الثاني فان اللغة العربية تنفرد به وحدها دون سائر اللغات (. . . فان كل خبر يقتضي في هذه الجهة أمور خادمة لذلك الأخبار، بحسب المخبر، والمخبر عنه، والمخبر به، ونفس الأخبار في الحال والمساق، ونوع الأسلوب من الايضاح أو الاخفاء، والايجاز، والاطناب وغير ذلك وذلك انك تقول في ابتداء الأخبار (قام زيد) ان لم تكن ثم عناية بالمخبر عنه، بل بالخبر، فان كانت العناية بالمخبر عنه، قلت (زيد قام) . وفي جواب السؤال أو ما هو منزل تلك المنزلة (أن زيدا قام) وفي جواب المنكر لقيامه (والله أن زيدا قام) وفي أخبار من يتوقع قيامه أو الاخبار بقيامه (قد قام زيد) أو (زيد قد قام) . . . ثم يتنوع أيضا بحسب تعظيمه أو تحقيره، وبحسب الكناية عنه والتصريح به) . . . هذا من حيث خصائص اللغة العربية وانفرادها بوجود معانٍ خادمة ..) (3) ... وفي الجزء الرابع من كتابه، عندما تعرض لشروط الاجتهاد، وحدد شرط معرفة اللغة، والدرجة التي يجب أن يصل اليها المجتهد بقوله (والاقرب في العلوم الى أن يكون هكذا علم اللغة العربية ولا أعني بذلك النحو وحده، ولا التصريف وحده، ولا اللغة، ولا علم المعاني، ولا غير ذلك من أنواع

---

1) الامام الشافعي/ الرسالة/ ص 51 .
2) راجع في سيرة الشافعي . الامام أبو زهرة . الشافعي/ دار الفكر العربي/ القاهرة . عبد الرحمن الشرقاوي/ أئمة الفقه التسعة/ دار اقرأ/ بيروت/ ط / 1981/ ص 123، 162 . أبو عبد الله شمس الدين الذهبي، تذكرة الحفاظ، دار احياء التراث العربي/ بيروت/ تحقيق عبد الرحمن بن يحي العلمي/ ج 1 .
3) الشاطبي/ الموافقات/ ج 2/ ص 66، 67 .

العلوم المتعلقة باللسان ، بل المراد جملة علم اللسان ألفاظا أو معاني ، كيف تصورت .. ومما يتعلق بالشعر من حيث هو شعر ، كالعروض والقافية ، فان هذا غير مفتقر اليه هنا ، وان كان العلم به كمالا في العربية واذا كانت عربية فلا يفهمها حق الفهم الا من فهم اللغة العربية حق الفهم ، لأنهما سيان في النمط ، ماعدا وجوه الاعجاز ، فاذا فرضنا مبتدئا في فهم العربية ، فهو مبتدئ في فهم الشريعة أو متوسطا فهو متوسط في فهم الشريعة ، والمتوسط لم يبلغ درجة النهاية ، فان انتهى الى درجة الغاية في العربية ، كان كذلك في الشريعة ، فكان فهمه فيها حجة ، كما كان فهم الصحابة وغيرهم من العظماء الذين فهموا القرآن حجة ، فمن لم يبلغ شأوهم فقد نقصه من فهم الشريعة بمقدار التقصير عنهم ، وكل من قصر فهمه لم يعد حجة ، ولا كان قوله فيها مقبولا (1) .

أما الامام الغزالي فانه قال في هذا الشرط (انه القدر الذي يفهم به خطاب العرب ، وعاداتهم في الاستعمال ، حتى يميز بين صريح الكلام وظاهره ، ومجمله ، وحقيقته ، ومجازه ، وعامه وخاصه ، ومحكمه ، ومتشابهه ، ومطلقه ، ومقيده ، ونصه وفحواه ، ولحنه ومفهومه ، وهذا لا يحصل الا لمن بلغ درجة الاجتهاد) (2) .

هذا كلام الائمة ، وهذا الشرط يتطلب في الحقيقة في المجتهد المطلق الذي يستنبط من النصوص مباشرة ، أما من هو دون هذا المستوى فالعلماء تفصيل فيشترطون مثلا أن يكون عالما بالنحو (3) أي عارفا بأحكام أواخر الكلمات بناء واعرابا ، والمراد بالكلمات التي اشترط بعضهم الكلمات الموجودة في الأدلة الشرعية من الكتاب والسنة ، والكلمات التي تمس الحاجة اليها في استنباط الأحكام كالاقرارات ، وألفاظ البيوع والتزويج ، وعارفا بمعاني الكلمات العربية وعارفا بمسمياتها ، والمشترط معرفته وعالما بالصرف أي بتغيير بنية الكلمات العربية وعارفا بمقتضى كل صيغة ... والمشترط معرفته من هذا النوع مايتوقف فهم الأدلة والأحكام عليه ، وذلك لأن ألفاظ الأدلة من الكتاب والسنة عربية فيتوقف فهمها على معرفة النحو واللغة والصرف ، ولا يشترط هؤلاء العلماء أن يحفظ مثلا كل هذه

1) الشاطبي / الموافقات/ ج4/ ص114 ، 115 .
2) أشار اليه الشاطبي / ص116 .
3) الشوكاني / المرجع السابق/ ص251 ، 252 . السالمي / المرجع السابق/ ج2/ ص274 ، 275 .
الآمدي / المرجع السابق / ج4/ ص297 ومابعدها .

المسائل بالنسبة لما هو قابل للحفظ ، وانما أجازوا الرجوع الى المصنفات الموضوعة في كل باب ففي المعاني مثلا يمكن الاستعانة بالقواميس ، وهؤلاء من المتأخرين فقد تساهلوا كما يبدو لأن الاجتهاد قد وفر عليهم مشقة استنباط الأحكام لكل المسائل . وعلى كل فما أوردناه هنا كأمثلة فقط وليس فتوى أو تحقيقا لرأي ، فهذا يخرج عن هذا الحيز .

هذه هي شروط بعض الأئمة والعلماء الواجب توافرها في الذي يتصدى للاستنباط من الكتاب والسنة مباشرة ، ومايتوصل اليه يعتبر استنباط عالم فقط ، وليس استنباط امام مجتهد لأن الامامة لاتثبت بالعلم فقط ، وانما تشترط شروط أخرى (1) ، واذا كان دون هذا المستوى ، فان مايتوصل اليه لاينسب للشريعة .

وتبقى هنا مسألة مرتبطة بالمسائل السابقة وهي لاتقل عنها في الأهمية يستحسن التعرض لها هنا في هذا الموضوع وهي :

الدافع الى الاجتهاد وطبيعته في الفقه الاسلامي :

تقسم التكاليف الشرعية في الفقه الاسلامي من حيث طبيعتها الى فروض عينية وفروض كفائية (2) فالأولى يجب على كل مكلف القيام بها ، والا كان آثما ، أما الكفائية فانها تجب على المجموع وليس على فرد بالذات ، فاذا أداها البعض سقط التكليف عن الباقين ، من هذه الفروض الكفائية الاجتهاد وسبب هذا التكليف ان كل فرد من أفراد الجماعة وجب عليه معرفة أحكام الشرع ، وهذه المعرفة ذات مستويين ، المستوى الأول ويشترك فيه الجميع وتتمثل في ضرورة معرفة أركان الدين أو مايعبر عنه بالمعلوم من الدين بالضرورة والالمام بهذا سهل لايتطلب جهدا فكريا ولا يتطلب وقتا طويلا كذلك فيكفي فيه بعد الايمان طبعا ، معرفة الصلاة بكيفياتها وشروطها وأحكامها ، والصوم والزكاة والمحرمات الظاهرة ، وهذا من مستلزمات الايمان بالاسلام فجهلها لايعتبر عذرا ، أما ماعدا هذه الأحكام فيتعلق بالدقائق والتفاصيل ، وهو ليس في امكان الجميع ، لأنه يتطلب استعدادا شخصيا معينا ، والأفراد ليسوا متساوين في هذا ، كما أن معرفته لاتتطلب مستوى محدود ، وانما تتطلب ما أشرنا اليه من قبل .

1) هذه المراجع تعرضت لشروط المجتهد في نظر الفقهاء وأول شرط الاسلام ، ثم العقل ثم الشروط التي تعرضنا لها .
2) الشاطبي / الموافقات / ج2 / ص364 ومابعدها . القرافي / المرجع السابق/ ج1/ ص116 الغزالي/ احياء علوم الدين / ج1/ ص13 ومابعدها .

واذا اتضح لنا هذا فان القول بأن عمل المجتهدين كان ومازال فرضا ، ومعنى الفرض كما رأينا هو القيام بواجب ديني ابتغاء وجه الله .

هذا هو الدافع الى الاجتهاد ، وما حمل عليه ، واذا استعرضنا سير المجتهدين الذين يعتد بهم فاننا نجدهم لم يقصدوا شيئا آخر غير هذا ، وهذا ما التزموا به ولم يثبت عنهم انهم قصدوا خلاف هذا ، وكان السبب كذلك في المحن التي تعرضوا لها ابتداء من الامام مالك (1) وأبو حنيفة (2) وابن حنبل وهلم جرا ، ونعتقد أن وقوف الامام أبو حنيفة أمام أبو جعفر المنصور صاحب الدستور المشهور (الملوك تحتمل كل شيء الا ثلاث خلال ، افشاء السر ، والتعرض للحرم ، والقدح في الملك) (3) في قضية خروج أهل الموصل ، وخلاصة القضية ان الخليفة اشترط عليهم ان خرجوا على اليه على هذه المنطقة فانه يساح له قتلهم ، فتعهدوا بذلك ، ونقضوا العهد ، فعرض أبو جعفر المنصور القضية على الفقهاء ، فأفتى أبو حنيفة (انهم شرطوا لك مالا يملكونه وشرط عليهم ماليس لك ، لأن دم المسلم لايحل الا باحدى معان ثلاثة ، فان أخذتهم أخذت بما لايحل ، وشرط الله أحق أن توفي به) (4) ، فأبو حنيفة وهو يتحدى المنصور تحديا واضحا ، كان مدفوعا بشعور الواجب الديني الذي كان يحس بأنه يتحمله الى آخر الأمثلة الكثيرة (5) .

أما طريقة الاجتهاد فقد تم كله على أساس علمي صرف ، فقد كان هدف الجميع هو طلب الحقيقة ، ولم يتعصب أي واحد منهم لرأيه ولم يحاول فرضه بالقوة على أساس أنه الحق الذي لا يأتيه الباطل من بين يديه أو خلفه ، وانما صرحوا جميعا بأنهم قدموا ما استطاعوا وماقدروا عليه ، فمن يأتي بأفضل منه فله ذلك (6) ، هذا من حيث مسلكهم ، أما بالنسبة للغير فلم يقبل نتائج اجتهادهم بل ناقشها ونقدها ، وكانت صدورهم مفتوحة للحوار بأسلوب علمي رفيع (7) ، فقد ظهر للامام

---

(1) القاضي عياض/ ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة اعلام مذهب مالك / تحقيق أحمد بكير محمود مكتبة الحياة بيروت / ج1 . عبد الرحمن الشرقاوي / المرجع السابق/ ص75، 120 . الشيخ أبو زهرة ، الامام مالك . دار الفكر العربي / القاهرة / ط2/ 1952/ هامش 7/ ص60 .

(2) أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي/ تاريخ بغداد / دار الكتاب العربي / بيروت / المجلد 13 ص326 ومابعدها/ السيرة الكاملة لأبي حنيفة . الشرقاوي / المرجع السابق/ ص55، 120 .

(3) الشرقاوي / المرجع السابق/ ص165، 224 .

(4) محمد يوسف / المرجع السابق/ ص33/ ط2 . 5) الخطيب البغدادي / المرجع السابق .

(6) موسوعة الفقه الاسلامي/ ج1 / ص41 . 7) القاضي عياض/ المرجع السابق / ج1/ ص33

مالك بأن يأخذ عمل أهل المدينة كمصدر ، نظرا للمزايا التي تتوفر عليها المدينة ، فلم يقبل منه ذلك ، وجادله العلماء في ذلك في حياته وبعد وفاته فهناك الرسائل المتبادلة بينه وبين الامام الليث بن سعد فقيه مصر في ذلك الوقت شاهدة على ذلك ، وبعدهم جاء من درس آرائهم ومناهجهم ونقدها نقدا شديدا ، كامام الحرمين (1) وأبو بكر البقلاني ، حتى اعتبر البعض هذا (2) النقد محاولة للنيل منهم ، والامام ابن حزم لم يفلت من حدة وقساوة قلمه أحدا .

الآن نعود الى الأسباب التي أبداها أصحاب هذا الاتجاه لاستبعاد الآراء الفقهية ونوردها تباعا من ضمن الأسباب التي احتج بها بعض أنصار هذا الاتجاه ، وجود بعض الآراء والمباحث التي لا تمت للعقل ولا للقانون ، ولم يخلقها سوى جهل القدماء ، ولهذا رأى الاقتصار على الكتاب والسنة .

ان وجود آراء غريبة لا علاقة لها بالعلم في الفقه الاسلامي فيما يبدو شئ طبيعي لسببين :

1) ـ ان الاجتهاد عمل انساني ومن شأن الانسان الخطأ .

2) ـ ان الفقه الاسلامي ظهر وانتشر في مساحة كبيرة جدا من العالم ولفترة طويلة من الزمن كذلك ومازال الى اليوم ، هذه الفترة تجاوزت ألف سنة بمئات هذه المدة ، مر فيها العالم الاسلامي (3) بأطوار مختلفة .

ازدهار وانحطاط كذلك وكان في المجتمع الاسلامي من كان مؤمنا حقيقة ومن كان مؤمنا في الظاهر ، كذلك كان في المسلمين بعض الجهلة الذين ادعوا العلم والتأليف ، فعملت هذه العوامل على ظهور آراء غريبة غير مقبولة علميا ، وهذا لم يحاول أحد من العلماء انكاره ، والادعاء بأن الثروة الفقهية الاسلامية سليمة كلها ، وانما اتخذوا ما أمكنهم من احتياطات لتنقية الفقه من هذه الشوائب قديما وحديثا ، وكانت طرقهم المعروفة صارمة في قبول الروايات ونقل الآراء الفقهية ، فهذا منهج المحدثين بدقته ، كان المنهج الذي طبق لفترة طويلة من الزمن ، وفي رواية الفتاوي اشترطوا

(1) عمار طالبي / الاستدلال الأصولي عند الأئمة بحث . مجمع البحوث الاسلامية / باكستان 1984 .
(2) موسوعة جمال عبد الناصر / للفقه الاسلامي / جـ1 / ص33 .
(3) أفضل ما استطعنا الاطلاع عليه / موسوعة احمد أمين بأجزائها الثمانية ، الفجر ، الضحى ، الظهر ومحمد بن الحسن الحجوي الثعالبي / الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي ، مطبعة إدارة المعارف الرباط 1340 / أربعة أجزاء ، الى جانب بعض الأجزاء من سلسلة الائمة لأبي زهرة .

الاجازة ، وفي مرحلة معينة وجدوا أن أفضل طريقة هو انتقاء المؤلفات الموثوق بها علميا واعتمادها وهذا مازال معمولا به الى حد الآن ، وفي العصر الحديث هناك تنبيه دائم الى المطبوعات المختلفة وارشاد الى مافيها من نقص واشتراط التحقيق الصادر من الموثوق فيهم الى آخره . ولعل أقصى درجات الأمانة ماحدث بالنسبة للحديث ، اذ يؤكد أهل الاختصاص دائما على ضرورة الاعتماد على الأحاديث الصحيحة ، لأن هناك أحاديث موضوعة ، وهناك رسائل جامعية نوقشت في هذا الموضوع مؤخرا .(1)

السؤال هنا هو نسبة هذه الآراء الغريبة الى الصحيحة ، فالاجابة هنا قد تختلف حسب درجات الاطلاع والنظرة الى هذا الفقه برمته ، ولكن المؤكد ان في الفقه الاسلامي الكثير جدا من الآراء الفقهية التي لم نعرفها نحن لسبب أو لآخر . لكن مادام سبب استبعاده كونها عملا انسانيا قابلا للخطأ والصواب ، فان هذه ظاهرة عادية يستوي فيها القدماء والمعاصرين ومن يأتي بعدهم سواء من فقهاء الشريعة أو القانون أو أي علم آخر .

السبب الثاني :

يرى أنصار هذا الاتجاه عدم الأخذ بالآراء الاجتهادية حتى يتم التنسيق والانسجام بين أحكام القانون ، وحتى لاتمس مبادئ القانون ، رغم خلو المادة الأولى مدني من هذا الشرط، وان كان المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري قد نص عليه وحذف عند المناقشة . ولكن هذا الخوف من التعارض ليس له مايؤيده ، استنادا على المشروع نفسه ، فقد ورد فيه أن هذا التعارض من غير الممكن لأن الشريعة لاتطبق الا عند عدم وجود نص ،(2) ويمكن أن يضاف الى هذا :

أ ـ ان المبادئ العامة للقانون خاصة القانون المدني غير محددة وغير واضحة ، وهي ذاتها محل خلاف ، فاذا كان المقصود بها المبادئ التي تستنبط من التشريع وفقا للرأي الذي ذهب الى هذا فان التعارض بينها وبين مبادئ الشريعة لايمكن حدوثه ، لأن المبدأ الذي يجب على القاضي الحرص على عدم مخالفته ، هذا المبدأ الذي يجب عليه تطبيقه ، وبالتالي لايرجع الى الشريعة

1) هناك رسالة دكتوراه سنشير اليها في الفصل ، عندما نتعرض لظاهرة الوضع في الحديث .
2) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري / ج1 .

أصلا ، أما اذا كان المقصود بها تلك التي تستمد من التصور العام للوجود ، وفقا للرأي الذي ذهب اليه ، فانه للقول بامكانية حصول هذا التعارض أن تكون مبادئ القانون محددة بدقة بحيث يمكن تحديد المبدأ العام للقانون الذي يخالفه المبدأ المأخوذ من الشريعة ، مادامت المبادئ العامة للقانون المدني لم تحدد ، فانه لايمكن القول بالحرص على شيء غير موجود وتعطيل ماهو ثابت وقائم فعلا ، بما هو غير معلوم .

ب ـ ان واضع القانون قد ارتضى تعدد المصادر ، واتجه اليه دون قيد أو شرط ، في مرحلة التحضير للمشروع ، وبعد أن أصبح نهائيا ، وصدر بذلك القانون المدني ، ففي مرحلة التحضير ، اعتبر الشريعة الاسلامية أحد المصادر التي يجب الاعتماد عليها لتنقيح القانون المدني (1) ونوه بما يمكن أن يعود من وراء ذلك على القانون من فوائد ، وأهمها النزعة الموضوعية ، والنزعة الجماعية .

أخيرا ان القانون المدني العربي كما رأينا من قبل في الفصل الأول منقول كله من القوانين الأجنبية المختلفة في نزعاتها وأسسها ، بعضها تغلب عليه النزعة الفردية ، وبعضه الآخر تغلب عليه النزعة الجماعية ، وهو أيضا نتاج عمل انساني ، وفيه مايقال من طرف الجميع ، بحسب المستويات ، وأمامنا آراء أخرى .

---

1) السنهوري/ مجلة القانون والاقتصاد / السنة السادسة / العدد الأول / يناير 1936/ ص 124 .

المبحث الثالث

الاتجاه الوسط

تمثل الآراء التي تنطوي تحت هذا الاتجاه موقفا مغايرا للاتجاه الأول الذي تعرضنا له في المبحث السابق ، هذا الاتجاه قال هو أيضا بالمبادئ العامة ، ولكنه لا يرجعها الى نصوص الكتاب والسنة ، ولا يشترط أن يكون الاتفاق قد حصل حول جوهر هذه المبادئ والأصول باختلاف المذاهب ، وانما يرى رأي فيه أن المبادئ العامة ، هي ما يطلق عليه الفقهاء القواعد الفقهية العامة ، ولم يبين بعض أصحاب هذا الرأي ما اذا كان تطبيق هذه القواعد ستراعى فيه ما قاله فقهاء الشريعة ، أم أن القانوني سيطبقها كما يفهم هو . والاجابة على هذا السؤال ذات أهمية كبيرة ، وعلى ضوئها يمكن القول بأن مبادئ الشريعة مصدرا حقيقيا أم لا .

نظرا لأهمية الآراء التي تندرج تحته ، وتعدد النقاط التي يثيرها ، فاننا سنتناوله في عدة فروع .

الفرع الأول : الفقهاء الذين يمثلون هذا الاتجاه وآرائهم :

يمثل هذا الاتجاه الفقيه العربي الكبير السنهوري ، وسانده بعض المشتغلين بالفقه الاسلامي ، كالأستاذ محمد يوسف موسى ، والأستاذ محمد عبد الجواد ، في مفهومه للمبادئ العامة ، بمعنى ان القواعد الفقهية العامة ، كما يشاركه الأستاذ عبد الناصر توفيق العطار في عدم التقيد بمذهب معين .

تقديرا لأهمية رأي السنهوري كفقيه دعى الى اعتماد الشريعة كمصدر أو كأحد المصادر التي يجب الاعتماد عليها (1) ، عندما دعى الى ضرورة تنقيح القانون المدني الأهلي ، وكمشرع توفرت له فرص ابراز رأيه بصفة رسمية عندما عهد اليه بوضع القانون المدني المصري الجديد (2) والقانون المدني العراقي ، وما سن بصدده يعتبر أثرا من آثاره الكثيرة ، الأمر الذي يخول لنا

---

1) مقاله وجوب تنقيح القانون المدني / مجلة القانون والاقتصاد / السنة 6 / وقبل هذا المقال عرض رأيه في الرسالة التي قدمها لجامعة باريس ، حول الخلافة الاسلامية .
2) شارك في وضع القانون المدني المصري الى جانب الأستاذ (ادوارد لامبير) / الوسيط/ ج1/ ص17 .

القول ان جميع الآراء التي قيلت حول مبادئ الشريعة من طرف فقهاء القانون الوضعي العرب تدور حول رأيه والغموض الذي يكتنف الموضوع ، يعود الى عدم وضوح موقفه ، فهو تارة يصرح بالشريعة ، وتارة بالفقه ، وأحيانا يرى بأنها المبادئ الكلية التي لا تختلف باختلاف المذاهب وأحيانا أخرى يرى أنها القواعد الفقهية العامة ، وطورا آخر يحيل الى الفقه والى جميع المذاهب.

ويبدو لنا أنه لكي نستطيع تحديد موقفه لا مناص لنا من تتبع فكرته منذ طالب بالاهتمام بالشريعة في رسالته للدكتوراه الى تاريخ نشر مصنفه القيم الوسيط في شرح القانون المدني والذي يبين فيه مفهومه النهائي للشريعة وكيفية استخلاص الأحكام منها .

موقفه من الشريعة :

كان رحمه الله يؤمن بالشريعة الاسلامية كنظام قانوني ، وامكانية الانتفاع بما فيها وقد بين سبب ذلك في البحث المشار اليه ، ولكنه في نفس الوقت يرى ان الانتفاع بها لا يمكن تحقيقه بسهولة ، وانما يتطلب قيام حركة علمية قوية تعيد لها جدتها ، وتزيل ما تراكم عليها من غبار الركود الفكري الذي ساد العالم الاسلامي مدة طويلة ، وتكسر أغلال التقليد الذي التزم به المتأخرون من الفقهاء (1) .

واقترح لتحقيق هذه الحركة ان تدرس الشريعة الاسلامية طبقا للأساليب العلمية الحديثة ، وفي ضوء القانون المقارن ، وأن نميز في هذه الدراسة بين الأحكام الدينية والقانونية بحيث يقتصر على الأحكام القانونية فقط ، فيميز فيها بين حكم اقتضاه اقتران الدين بالفقه الاسلامي وهذا يبقى محترما ، ولكن في العقيدة والقلب اذ هو مرتكز على الدين ، وحكم قائم على أساس المنطق القانوني المحض ، وهذا هو الذي يدخل في دائرة البحث العلمي ، ثم نميز أيضا في هذه الأحكام القانونية بين المبادئ العامة الشاملة ، وهذه هي الأسس التي تبقى ، والأحكام التفصيلية التطبيقية ، وهذه هي التي تتطور حتى تتماشى مع الزمن (2) .

---

1) 2) مجلة القانون والاقتصاد / ص 115 . الوسيط/ ج 1 / ص 17

ثم بين رأيه في الاجماع ، واعتبره المصدر الذي أعطى للعادات مكانا بين المصادر القانونية .

ـ يدعو الاستاذ السنهوري هنا الى الفصل بين العقيدة والشريعة ، بحيث تقسم الشريعة الى أمور تتعلق بالعقائد والعبادات ، والى أمور تشريعية تتناول المعاملات والعقوبات والاحوال الشخصية دون أن يتوقف على جواز ذلك أو عدم جوازه ، وماهي الاثار التي تعود على الشريعة من هذا التقسيم ، وقال بهذا أيضا الدكتور عبد الرحمن الصابوني ، حيث بين ان هذا الموقف له ميزته اذ يوضح الكثير من النقاط عند مقارنة الشريعة الاسلامية مع غيرها من الشرائع والقوانين من جهة كما يعطي فكرة عن منهج دراسي يتبع في كليات الحقوق ، ويجب اتباعه من طرف جميع العرب بصرف النظر عن دياناتهم . وبين ان هذه الدراسة ، دراسة التشريع الاسلامي دراسة مستقلة عن عقيدة الاسلام ، تقتصر على المنهج ولاتتناول المبدأ ، لاننا لانستطيع الفصل بين التشريع من حيث أصله ، لانه مرتبط ، وان كانت تعتمد في بعضها على الرأي والاجتهاد الا انها ترجع الى القرآن والسنة باعتبارهما الينبوع الاول للشريعة الاسلامية .

ان تقسيم الشريعة الى دين يشمل العقيدة والعبادات والايمان بالله والامور الغيبية ، والى تشريع يتناول الفقه المدني والجزائي والاحوال الشخصية ، تعطينا صورة علمية على كيفية تطبيق هذا التشريع في دولة لايدين جميع أفرادها بالاسلام ، لان التشريع شطر منفصل عن الدين بهذا التعريف الذي عرفناه .

ثم وضح الصابوني ان التقسيم الذي اقترحه لايؤدي الى انفصال كل شطر الديني والتشريعي بمصادر وأصول تختلف عن الاخر ، وان كل عبادة وان كانت خاصة بالفرد مع ربه يؤديها في محرابه هي في الوقت ذاته تقوية لصلة الفرد بمجتمعه الذي يعيش فيه ، حيث يؤدي ما عليه من واجبات دون تردد ويطالب بماله من حقوق دون خوف .

فعقد البيع حلال اذا استكمل أركانه وشروطه ، فاذا أدى على وجهه الصحيح كان أداء لحق الله ، حيث ان [illegible] العاقد أمر الله واجتنب نواهيه ، والعقد الباطل لايفيد حكما ، ولاتترتب عليه آثارا بين المتعاقدين وهو مع هذا معصية خولفت فيها أوامر الله / عبد الرحمن الصابوني محاضرات في المدخل لعلم الفقه/ ص 13 ، 14 .

ان الفصل بين العقيدة والشريعة لاغراض علمية ، وحتى يمكن مقارنتها بغيرها من القوانين نشك في فعاليته ، لان هذا الفصل يبعد الفقه الاسلامي عن أساسه العام وهو العقيدة والاخلاق كما ان دراسته وفقا للنظريات الحديثة وان كان جائزا الا انه يجب أن يتم بطريقة تحافظ على التشريع الاسلامي ولاتشوهه ، ويتحقق ذلك باختيار النظام أو المدرسة التشريعية التي تقترب منه في أسسها العامة ، أما دراستها وفقا لمدرسة معينة ، بصرف النظر عن التأكد من اتفاق أسسها العامة ومفاهيمها مع التشريع الاسلامي ، سيؤدي الى نتائج غير محمودة . وماقام به السنهوري شخصيا دليلا على هذا ، فقد درس مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة مع المدرسة اللاتينية ، وانتهى الى نتائج تختلف حولها الاراء ، ولكنه في نظرنا أظهر فيها تميز الفقه اللاتيني عن الفقه الاسلامي ، وهذا يعود الى تظلعه في الاول أكثر من الاخير . أما ماذهب اليه الاستاذ الصابوني من وجود أفراد لايدينون بالاسلام فهذا لايعتبر جديدا فقد بت فيها القرآن بنص صريح ، عند ما أمر الله الرسول صلى الله عليه وسلم بالحكم بشريعته في سورة المائدة / الايتان 48 ، 49 ، وقد فصل الفقهاء ماينطبق على غير المسلمين ومالاينطبق عليهم من الشريعة ، وحبذا لو رجع أساتذة القانون الدولي الخاص الى الايتين واستعانوا بهما في حل مسالة التنازع بين القوانين بدل الاقتصار على ماقررته محكمة النقض الفرنسية من احكام قننت في قانونها

ان الفصل بين العقيدة والشريعة الذي قال به الاستاذان مع اعتقادنا عدم جوازه شرعا وقد أشرنا الى ذلك في مكان سابق ، واذا كان لابد من القول به فانه لايكفي فيه رأي أساتذة القانون ، وانما يحتاج الى رأي أساتذة الشريعة الموثوق فيهم .

وكرر نفس الفكرة تقريبا في البحث الذي نشره في مجلة القضاء العراقية (1) ، مع اختلاف بسيط يتمثل في أنه يمكن استخلاص نظريات ومبادئ لا تقل في الرقي والشمول وفي مسايرة التطور عن أخطر النظريات الفقهية التي نتلقاها اليوم عن الفقه الغربي الحديث ، وذكر أمثلة أربعة هي نظرية التعسف في استعمال الحق ، نظرية الظروف الطارئة ، نظرية تحمل التبعة ، ومسؤولية عديم التمييز .

هذه النظريات ذكرها كذلك في البحث الذي نشره في مجلة القانون والاقتصاد ، وقد ثار خلاف حولها ، أهي مستمدة من الفقه الاسلامي كما ذهب البعض (2) ، أم من القوانين الجرمانية كما ذهب رأي آخر (3) وأيده السنهوري نفسه (4) ، وهذا أمر له دلالته عندنا .

---

1) نشر السنهوري بحثه في المجلة المذكورة في المتن تحت عنوان (الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة حية صالحة للتطبيق) وقال (ان الشريعة الاسلامية لا تزال شريعة صالحة للتطبيق فلا أتردد في تأكيد ذلك ، ولا أقول هذا القول جزافا وانما أقدر تبعة ما أقوله ، ولا أريد الاقتصار على شهادة الفقهاء المنصفين من علماء الغرب ، ولكن أرجع للشريعة نفسها لاثبت صحة ما قررته ، ففي هذه الشريعة عناصر لو تولتها يد الصياغة فأحسنت صياغتها لصنعت منها نظريات ومبادئ) محمد عبد الجواد / المرجع السابق / ص 67 .

2) جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري الباب التمهيدي / ص30 ، ان المشروع (استمد كثيرا من نظريات الشريعة الاسلامية ، النزعة الموضوعية التي تميز الفقه الاسلامي ، ونظرية التعسف في استعمال الحق ، ومسؤولية عديم التمييز ، وحوالة الدين ، ومبدأ الحوادث غير المتوقعة / المذكرة الايضاحية وضعها الاستاذ السنهوري نفسه / الوسيط / ج 1 / هامش3 / ص17 .
لكن الاستاذ شيتي القانون والاقتصاد المصرية السنة 19 أنكر الرأي السابق وذهب الى ان مصدر النزعة الموضوعية السائدة في القانون المصري هو التشريعات الالمانية لا الفقه الاسلامي ، وهذا في بحث قدمه الى معهد القانون المقارن عند تكوين العقد وتفسيره في القانون المدني المصري / البحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد / السنة 19 / القسم الفرنسي .

3) ذهب السنهوري بعد ذلك الى عدم انكار رأي الاستاذ واعترف بأن هذه النظريات مستمدة فعلا من القوانين الغربية ، القوانين الجرمانية خاصة ، وان هذه النظريات لها سند في الفقه الاسلامي / الوسيط / ج 1 / ص 47 .

4) بدل استشهاد الاستاذ السنهوري رحمه الله بالنظريات السابقة التي ذكرها في بحوثه ، وفي المذكرة الايضاحية للقانون المدني ، واعترافه بعد ذلك أنها مستمدة من التقنينات الاجنبية ، أنه لم يدرس الفقه الاسلامي دراسة علمية كما دعى الى ذلك ، وانه لم يستخلص هذه النظريات والمبادئ بنفسه من الفقه الاسلامي ، وانما اعتمد على رأي الفقهاء الاجانب ، وهذا ثابت لامجال للشك فيه ، فالكشف عن أصل نظرية الظروف الطارئة الاسلامي ، يعود للاستاذ أدوارد لامبير الذي أشاد بنظرية الضرورة في الفقه الاسلامي ، في مؤتمر القانون المقارن المنعقد في لاهاي سنة 1933 ، وكذلك نظرية التعسف ، أنظر تقريره للمؤتمر / مجلة القانون والاقتصاد السنة الثانية / العدد 5 / ص 302 . عبد السلام الترمانيني / نظرية الظروف الطارئة / ص 35 . محمد وحيد الدين سوار / المرجع السابق / ص 97 ، وهذا ينقص كثيرا من قيمة رأيه ولا يمكن الاعتماد عليه .

وفي سنة 1946 تاريخ نشر كتابه أصول الفقه (القانون) بالاشتراك مع حشمت أبو ستيت ، حدد مفهومه للمبادئ العامة بتحديد المؤلفات التي تحتوي عليها ، وهي الاشباه والنظائر ، والبروق في أنوار الفروق ، الاول في الحقيقة عنوان لكتابين في القواعد الفقهية العامة ، أحدهما لابن نجيم وهو فقيه حنفي ، وثانيهما لجلال الدين السيوطي ، وهو فقيه شافعي ، أما الكتاب الثاني البروق في أنوار الفروق ، للامام شهاب الدين المشهور بالقرافي ، وقد علق عليه سراج الدين ابن القاسم المشهور بابن الشاط . وهذا التعليق طبع مع الفروق للقرافي، وهذه الحاشية في الحقيقة ليست كتاب فقه ، ولا قواعد فقهية عامة ، ولا أصول الفقه ، وانما هي تعليق على فروق القرافي .(1)(2)(3)(4)

فالمبادئ العامة وفقا لرأيه هنا هي القواعد الفقهية العامة ، وهذا يختلف مع رأيه السابق الذي اعتبر فيه المبادئ العامة هي الاسس التي تبقى والذي أوضحه أكثر في مجموعة الاعمال التحضيرية عندما بين بأن المبادئ العامة ، هي كليات الشريعة ، وهي ليست محل خلاف بين الفقهاء .

وعندما شرح القانون المدني الجديد وبين كيفية تفسير النصوص ، التي استقاها القانون المدني الجديد من الشريعة الاسلامية ، فأصبحت نصوصا تشريعية ، وأصبح الفقه الاسلامي مصدرا تاريخيا لها ، فهذه نرجع في تفسيرها الى مصدرين :

1- القضاء المصري .

2 - ماجاء في كتب الفقه الاسلامي وخاصة تفسير مالا يوجد له تفسير في القضاء المصري والرجوع الى الفقه الاسلامي ، في كتبه المعتمدة ؛ واجب أيضا ، عندما يراد استخلاص الاحكام

---

1) السنهوري / أصول القانون/ ص49
2) عبد الرحمن الصابوني / المرجع السابق / ص369 . مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ جـ2 ص949 ، وكتاب ابن نجيم مازال مخطوطا الى حد الان .
3) عبد الرحمن الصابوني / المرجع السابق/ ص416 . مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ ص952 وقد ذكر الاستاذ ان هناك كتاب آخر بهذا العنوان ، لتاج الدين السبكي الشافعي / ولم يذكره عبد الرحمن الصابوني بهذا العنوان ، وكتاب السيوطي مطبوع ، وسوف نشير اليه في مكان لاحق .
4) الفروق للقرافي طبع طبعتان وكلا الطبعتين احتوت على البروق في أنوار الفروق ، وكتاب القرافي هو الذي يعد من مؤلفات القواعد الفقهية العامة ، وليس حاشية ابن الشاط .

من الشريعة الاسلامية باعتبارها مصدرا رسميا للقانون المدني .

وفي رأينا انه حيث ينبغي الرجوع الى الفقه الاسلامي في كتبه المعتمدة ، سـواء أكان هذا الفقه هو المصدر الرسمي الذي تستمد منه الاحكام ، أم كان هو المصدر التاريخـي الذي تفسر في ضوئه النصوص التشريعية ، يجب مراعاة أمران جوهريان :

(عدم التقيد بمذهب معين من مذاهب الفقه الاسلامي ، فكل مذاهب الفقـه يجب الرجوع اليها والاخذ منها ، ولا محل للوقوف عند أرجح الاقوال من مذهب أبي حنيفـة ولا للتقيد بالمذهب الحنفي في جملته ، ولعلنا نذهب الى مدى أبعد ، فنقول أنه لاموجـب للتقيد بالمذاهب الاربعة المعروفة ، فهناك مذاهب أخرى كمذهب الزيدية ، ومذهب الاماميـة يمكن الانتفاع بهما الى حد بعيد) .

هذا هو رأي الفقيه العربي الكبير ، وقد تتبعناه من الناحية التاريخية وأثبتنـا بالنص مايحتاج الى ذلك ، ايمانا منا بأهميته ، لفهم المقصود بالضبط بالمبادئ العامة للشريعـة لانه هو الذي استعمل هذا المصطلح للدلالة على مصدر رسمي من مصادر القانون ، وان اختلاف الآراء حول مدلول هذا المصطلح منشؤه عدم توضيحه لرأيه بدقة ، وما نستخلصه منه هو :

1 ـ ان مبادئ الشريعة الاسلامية غير ثابتة عند السنهوري ، فقد صرح أمام اللجنة البرلمانية ، بأنها كلية الشريعة وهي محل اتفاق عند الفقهاء ، وهذا يعني نصوص الكتـاب والسنة ، لان جميع المذاهب الفقهية ، مذاهب السنة وغير السنة متفقة عليهما كمصدريـن أو كأصلين من أصول الشريعة ، وان كان هناك اختلافا بينهما في مناهج الاستنباط منهـا وأحيانا هي القواعد الفقهية العامة ، عندما أشار الى بعض المراجع التي تناولتها ، وأخـيرا يرى ان هذه المبادئ هي اراء الفقهاء في مختلف المذاهب .

2ـ انه كان يؤمن رحمه الله بالتشريع الوضعي ، ويعتبر ماقام به ، يعتبر قمة الفكـر القانوني الحديث ، وينظر الى التشريع نظرة تقديس ، بحيث أنه يجب أن يهمل كل ما مـن

شأنه أن يخالف ماجاء فيه ، حتى ولو كان الشريعة الاسلامية ذاتها ، سواء نصوص الكتاب والسنة ، أم اجتهاد الفقهاء ، وهذا ماتمسك به أمام اللجنة البرلمانية المصرية ، وأثبته في المادة الاولى من القانون المدني العراقي ، وقد بقي متمسكا برأيه ، عندما شرح القانون المدني وبين ان ماقدمه من رخصة الاخذ بجميع المذاهب الفقهية دون تمييز بينها ، يحقق التنسيق بين مبادئ القانون ومبادئ الشريعة الاسلامية ، ولكن اذا تعارض مبدأ من الشريعة الاسلامية مع مبدأ من القانون ، فلا يجوز الاخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية .

3 ـ انه يرى ان وقت الاخذ بالشريعة واعتبارها مصدرا أصيلا للقانون لم يحن أوانه ، وأن الوصول الى ذلك يحتاج الى وقت وجهد ، ودراستها وفقا للنظريات الحديثة وفصل الجانب التشريعي عن الجانب الديني ، أي فصل الشريعة عن العقيدة .

4 ـ تأثر رحمه الله بالفقه الغربي وخاصة الفقه الفرنسي تأثرا كبيرا ، ويحسب لرأي الاجانب حسابا كبيرا ، دفعه هذا الى كتابة جزء من المذكرة الايضاحية للقانون المدني المصري باللغة الفرنسية ، حتى يتفهم علماء القانون الاجانب ، عمل لجنة المشروع في أهم جزء منه ، حسب قوله .

5 ـ لقد كان رحمه الله فقيها من فقهاء القانون المدني ، أثرى المكتبة القانونية بمؤلفاته العديدة ، وأثر في التفكير القانوني العربي ، وبخاصة ماتعلق منه بالقانون المدني ولا أدل على هذا من انتشار موسوعته القيمة ، والاقبال عليها من طرف الجميع ، ومن الموضوع الذي نحن بصدده ، ولكن هذه المكانة المرموقة التي احتلها ، ولم يستطع أحدا مزاحمته فيها لاتجعل لرأيه أو لآرائه في الشريعة وفي فقهها أية قيمة ، فالآراء التي يجب أن نعتد بها هي آراء فقهائها .

الفرع الثاني : القواعد الفقهية العامة ومكانتها في التشريع الاسلامي :

الفقه الاسلامي كمجموع الأحكام العملية التي تحكم علاقة الفرد بربه ، وعلاقته بغيره صيغت أحكامه وفروعه ومسائله بالتدريج/لان مصدره الكتاب والسنة ، لم توضح أحكامها كلها دفعة واحدة عن طريق لجان عينت لهذا الغرض ، وانما تم خلال مدة طويلة نسبيا ، هي زمن بعثة النبي التي امتدت قرابة ثلاثة وعشرون عاما ، اذ كانت الأحكام تنزل تبعا للوقائع التي تقع أو التي يسأل عن حكمها .

بدأ الفقه بهذه الطريقة ، طريقة الفروع والجزئيات والمسائل ، واستمرت بعد ذلك عندما اكتمل الفقه بتكون المذاهب المختلفة ، التي درست الفقه دراسة شملت جميع موضوعات (1) القانون الوضعي الحالي تقريبا ، وفقا لخطة انتهجوها ، وهي جمع المسائل المتعلقة بالموضوع الواحد في كتاب يختص بها ككتاب الصلاة ، وكتاب الصوم ، وكتاب البيوع ، وكتاب الاجارة وغيرها (2) . فهم درسوا الفقه بجميع مسائله كعلم متكامل دون مراعات تقسيمه الى فروع عديدة كل فرع يكون علما مستقلا له نظرياته وأصوله وقواعده ووسائله الفنية (3) .

ورغم تقيدهم بهذه الخطة التي يرجعها البعض الى فقهاء المدينة السبعة (4) ، الا أنهم بحثوا بعض المسائل بحثا مستقلا ، كالسياسة الشرعية ، أو الأحكام السلطانية ، والخراج ، والسير .

والسبب في عدم التقسيم يرجع الى أن موضوعات الفقه لم تتشعب مسائل أي موضوع لدرجة تتطلب أفراده بعلم مستقل ، وقيل ان ذلك يعود الى عدم الحاجة الى هذا التقسيم لكون (5)

---

1) المقصود بموضوعات القانون الأحوال الشخصية أو قانون الاسرة ، المعاملات المدنية والتجارية ، الأحكام الجنائية ، أحكام القانون الدولي العام ، القانون الاداري ، القانون الدستوري هذه الموضوعات بحثها الفقهاء مع اختلاف المصطلحات ، لان مصطلحات الفقه الاسلامي تختلف عن المصطلحات القانونية .

2) يمكن الوقوف على هذا والتأكد منه بالرجوع الى كتاب من كتب الفقه القديمة ، باستثناء الكتب التي اقتصرت على موضوع واحد ، ككتاب السيرة للشيباني ، والأحكام السلطانية للماوردي ، والسياسة الشرعية لابن تيمية .

3) هناك دعوى الآن لدراسة الفقه الاسلامي دراسة جديدة يتبع فيها المنهج الحديث واتباع أسلوب التقسيم السائد الآن في القوانين الوضعية ، وقد فعل الزرقاء ذلك ، الا أن هناك رأيا يعارض هذا ، ويرى ان الفقه الاسلامي نظام قانوني متكامل مستقل بمصطلحاته ووسائله الفنية ومحاولة تقريبه من أي نظام قانوني آخر تؤدي الى تشويهه والخروج به عن طبيعته .

4) 5) محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص 15

القضاء واحد ، اذ كان يختص بنظر جميع المنازعات التي ترفع اليه ، دون تفرقة بين مايتعلق بالاموال أو مايتعلق بغيرها من الموضوعات (1) ، وكل من الرأيين صحيح ، لكننا نرى ان عدم التقسيم يعود الى أن أصول الفقه واحدة ، والى كون الائمة المجتهدين أصحاب المذاهب ، حازوا هذه الصفة ، لانهم لم يقتصروا على موضوع واحد ، وانما أحاطوا بجميع موضوعات الفقه ، والمتخصص في موضوع واحد يحوز صفة الفقيه ، ويجوز له الاجتهاد في موضوعه ، ولكن يجب عليه تقليد غيره فيما عدا الموضوع الذي عرفه . ان هذا غير مسلم به ، لأن القرآن والسنة لابد من الرجوع الى كل ماورد فيهما ، لذلك لم يجزأ الاجتهاد .

ومع ان الفقه الاسلامي نشأ واستمر معتمدا على الفروع لا النظريات ، الا أن الفقهاء لم يستمروا على هذه الطريقة ، اذ تحولوا في مرحلة من مراحل تطور الفقه الى وضع قواعد عامة يمكن الاستناد عليها لوضع الحلول وتطبيق الأحكام ، فقد كانت هذه القواعد مختلطة بالأحكام الجزئية على سبيل التعليل لها ، وبعد ذلك اهتم بهذه القواعد بعض الفقهاء من مختلف المذاهب ، واستنبطوها من الفروع الفقهية المتشابهة ، وأفردوا هذه القواعد بالدراسة والبحث وألفوا فيها كتبا مستقلة .

في العصر الحديث تناول هذه القواعد مجموعة من المشتغلين بالفقه الاسلامي (2) ، أرخوالها وحصروها وفسروها ، وسنعتمد هنا على بعض ماكتبوه خاصة الناحية التاريخية بتصرف ، لتعذر رجوعنا الى جميع المؤلفات الأصلية الموضوعة في هذا المجال ، ولكون دراستنا لاتقتصر على هذه القواعد وانما تتناولها في حدود مايتطلبه توضيح معنى المبادئ ، لأن البعض جارى السنهوري في بعض آرائه ، واعتبر مبادئ الشريعة هي هذه القواعد .

تعريف القواعد الفقهية العامة .

القاعدة لغة (4) هي الاساس ، أي أساس البيت ونحوه ومنه قوله تعالى (واذ يرفع ابراهيم القواعد من البيت واسماعيل) أما في اصطلاح الفقهاء ، فالقاعدة حكم أغلبي ينطبق على

1) مصطفى شلبي / المرجع السابق / ص 35
2) تعرض لهذه القواعد الاساتذة ، سلام مدكور . محمد الحسيني حنفي . حمد عبيد الكبيسي . شفيق العاني باختصار ، وقد تناولها بتوسع الاستاذان الزرقاء والصابوني ويمكن الاعتماد على ماكتبوه خاصة من الناحية التاريخية واهم المؤلفات اما من حيث العدد والشرح فقد تناولها شراح مجلة الاحكام العدلية العثمانية . 3) لسان العرب / المحيط / المجلد 3 / ص 128 .

معظم جزئياته كقولهم (الامور بمقاصدها) وقولهم (الاصل بقاء ماكان على ماكان حتى يقوم الدليل على خلافه) .[1]

هذا هو تعريف القواعد العامة ، وهي كما قيل تختلف عن النظريات لان القواعد العامة مبادئ[2] وضوابط فقهية يتضمن كل منهما حكما عاما ينطوي على فروع كثيرة لاحصر لها يستطيع الباحث استنادا اليها أن يستخرج حكم الواقعة دون الرجوع الى مختلف كتب الفقه ليرى الحكم الصحيح للامر المعروض لديه ، بل يكتفي بالرجوع الى هذه القواعد والاستنباط منها والتخريج عليها .[3]

أما النظريات الاساسية فيؤلف كل منها نظاما موضوعيا في الفقه والتشريع ، وقد تأتي القاعدة ضابطا بناحية من نواحي تلك النظريات .[4]

فالقواعد الكلية ليست الا مبادئ عامة شاملة لاكثر الجزئيات والفروع ومبنية على أساس أغلب الاحكام .[5]

أنواع القواعد العامة .

القواعد العامة ليست نوعا واحدا وانما هي نوعان :[6]

---

1) مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ جـ2/ ص 940 . عبد الرحمن الصابوني / المرجع السابق ص 351 ، ونسب التعريف لابن نجيم صاحب الاشباه والنظائر .
2) استعمل الصابوني مصطلح مبدأ واستعمل الزرقاء مصطلح ضابط ، في حين يفرق الاستاذ الحسيني بين الضابط والقاعدة ، بقوله ان الضابط والقاعدة ينطبق على عدد من الفروع الفقهية الا أنهما يفترقان في :
أ ـ تعتبر القاعدة الفقهية أساسا للفروع الفقهية التي تندرج تحتها فهي بمثابة العلة بالنسبة اليها ، والفروع معلولة لها ، أما الضابط الفقهي فليس سوى تعبير عن أحكام متعددة متحدة بعبارة عامة واحدة ، دون اعتبار لما اذا كان علة لهذه الاحكام أم لم يكن علة لها .
ب ـ القاعدة الفقهية أشمل واوسع نطاقا ، اذ هي تتناول فروعا متعددة من موضوعات شتى ولكن تلك الفروع تتشابه في الحكم ، اما الضابط فيقتصر على تناول فروع موضوع واحد / محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق/ ص 267 ـ 268
3) الصابوني / المرجع السابق/ ص 351 . 4) الزرقاء / المرجع السابق/ ص 940
5) صبحي محمصاني/ فلسفة التشريع في الاسلام / ص 203 .
6) ميزبه القرافي في الفروق بين نوعي هذه القواعد بقوله (ان الشريعة المعظمة المحمدية زاد الله تعالى منارها شرفا وعلوا اشتملت على أصول وفروع ، واصولها قسمان : (أحدهما المسمى باصول الفقه وهو في غالب امره ليس فيه الا قواعد الاحكام الناشئة عن الالفاظ العربية خاصة ومايعرض لتلك الالفاظ من النسخ والترجيح ونحو الامر للوجوب ، والنهي للتحريم =

1ـ قواعد خاصة باستنباط الأحكام من مصادرها وأصولها (1) .

2ـ قواعد كلية تنطوي على فروع فقهية لاحصر لها ، يرجع اليها الفقيه لمعرفة حكم حادثة جديدة طرأت .

وكل من النوعين لم يظهر بظهور العلم الذي ينتسب اليه ، وانما ظهرت كل منهما في مرحلة لاحقة ، ولم توضع كلها جملة واحدة على أيدي أفراد معلومين بل تكونت نصوصها وصيغت بالتدريج في عصور ازدهار الفقه ، ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح استنباطا من دلالات النصوص التشريعية العامة ، ولا يعرف لكل قاعدة صائغ معين من الفقهاء ، الا ماكان منها نص حديث نبوي كقاعدة (لاضرر ولاضرار) (2) .

ويبدوا أن الأحناف هم الذين كان لهم قصب السبق في هذا المجال ، أي تقعيد القواعد الفقهية العامة ، وعنهم نقل رجال المذاهب الاخرى ، وأقدم أثر يروي عن جمع القواعد الفقهية مصوغة بصياغتها ماذكره ابن نجيم ، ان أبا طاهر الدباس (3) جمع قواعد مذهب أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة ، بعد ان انتقل من بلد لآخر في سبيل تحصيلها وجمعها (4) ، وذكر السيوطي (حكى أبو سعيد الهروي ان بعض أئمة حنفية بهراة بلغه ان الامام أبا طاهر الدباس امام الحنفية بما وراء النهر رد جميع مذهب أبي حنيفة الى سبع عشرة قاعدة فسافر اليه ، وكان أبو طاهر ضريرا ، وكان يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد أن يخرج الناس منه ، فالتف الهروي بحصير وخرج الناس وأغلق أبو طاهر باب المسجد وسرد من تلك القواعد سبعا ، فحصلت للهروي سعلة فأحس بها أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد ثم لم يكررها فيه بعد ذلك ، فرجع الهروي الى أصحابه وتلا عليهم تلك السبع ، فقال القاضي أبو سعيد فلما بلغ القاضي حسين ذلك ، رد جميع

= والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك . والقسم الثاني قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه، لكل قاعدة من الفروع في الشريعة مالا يحصى ، ولم يذكر منها شئ في أصول الفقه ، وان اتفقت الاشارة الى هناك على سبيل الاجمال / الفروق/ ج1/ ص3 .

1) محمد سلام مدكور / أصول الفقه/ ص327 ومابعدها ، حيث أورد أمثلة لنوعي القواعد ونقل بعض قواعد أصول الفقه ، الكتاب والسنة أدلة يحتج بها ، النص مقدم على الظاهر ، المطلق يحمل على المقيد ، الأمر يقتضي التكرار ، الامر بالشئ نهي عن ضرر ، الأمر يفيد الوجوب .

2) مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ ص945، 946 .

3) أبا طاهر الدباس عاش في القرنين الثالث والرابع الهجريين ، يمكن اعتبار هذا التاريخ هو تاريخ تدوين هذه القواعد ، أما ظهورها فمن المرجح انه يسبق هذا الا ان ابن نجيم ذكر ان الدباس تنقل بين البلاد لجمعها . 4) الزرقاء/ المرجع السابق/ نفس الصفحة . الصابوني/ المرجع السابق/ ص360

مذهب الشافعي الى أربعة قواعد ، اليقين لا يزول بالشك ، المشقة تجلب التيسير ، الضرر يزال العادة محكمة) (1) .

مكانة القواعد الفقهية العامة :

لهذه القواعد الفقهية العامة مكانة كبيرة في تعلم الفقه وضبطه ، والاستغناء بواسطتها عن حفظ الفروع الكثيرة ، وقد أشار القرافي الى مكانة هذه القواعد بقوله (هذه القواعد مهمة في الفقه ، عظيمة النفع وبقدر الاحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتاوي وتكشف ، فيها تنافس العلماء ، وتفاضل الفضلاء وبرز القارح على الجذع وحاز قصب السبق من فيها برع ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها ، واضطربت وضاقت نفسه لذلك وتفطن واحتاج الى حفظ الجزئيات التي لا تتناهي ، وأنهى العمر ولم تقض نفسه من طلب منها ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ماتناقض عند غيره وتناسب واجاب الشاسع البعيد وتقارب وحصل طلبته في أقرب الأزمان وانشرح صدره لما أشرق فيه من البيان ، فبين المقامين شأو بعيد ، وبين المنزلتين تفاوت شديد) (2) .

أما قيمتها التشريعية وآثارها في الأحكام ، فقد بحث في المذكرة التي رفعت من قبل جمعية المجلة ـــ مجلة الأحكام العدلية العثمانية ـ الى رئيس الحكومة حينذاك مايلي (فلدى مطالعتكم هذه المجلة يحيط علمكم العالي بأن المقالة الثانية من المقدمة هي عبارة عن القواعد التي جمعها ابن نجيم ومن سلك مسلكه من الفقهاء رحمهم الله تعالى ، فحكام الشرع لم يقفوا على نقل صريح ، لا يحكمون بمجرد الاستناد الى واحدة من هذه القواعد الا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل ، فمن أطلع عليها من المطالعين يضبطون المسائل بأدلتها وسائر المأمورين

1) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي / الاشباه والنظائر في الفروع ، وبهامشه كتاب المواهب السنية لعبد الله بن سليمان الجوهري الشافعي / دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع يطلب من شركة نور الثقافة ، جاكرتا / بدون تاريخ / ولا عدد الطبعة ، ولا اسم المحقق / ص 5 ، 6 ماذكره ابن نجيم لم يخالفه السيوطي في نسبة تقعيد القواعد الفقهية لائمة المذهب الحنفي ، وقد ذهب الصابوني الى أن قواعد الاصول ترجع الى فقهاء المذهب الشافعي دون أن يذكر سند الذلك لعله اعتمد على كون الامام الشافعي اول من دون علم اصول الفقه .

2) القرافي / المرجع السابق / جـ1 / ص 3 ، 4

يرجعون اليها في كل خصوص .

وبهذه القواعد يمكن للانسان تطبيق معاملاته على الشرع الشريف ، أوفي الاقـل التقريب ، وبناء على ذلك لم نكتب هذه القواعد تحت عنوان كتاب أو باب ، بل أدرجناها فـي المقدمة ، والاكثر في الكتب الفقهية ان نذكر المسائل مخلوطة مع المبادئ .(1)

وقد نقل الاستاذ الصابوني عن ابن نجيم انه (لا يجوز الفتاوي بما تقتضيه الضوابط لانها ليست كلية بل أغلبية خصوصا ، وهي لم تثبت عن الامام بل استخرجها المشايخ من كلامه)(2)

فلجنة المجلة ، وابن نجيم أشهر من كتب في هذه القواعد ، لا يجيزون أن يقتصر في أحكامهم على الاستناد الى هذه القواعد الكلية فقط ، دون نص آخر يشمل الحادثـة المقضي فيها ، لأن هذه القواعد على مالها من قيمة واعتبار ، هي كثيرة المستثنيات ، فهـي دساتير للتفقيه لا نصوص للقضاة .(3)

ففائدة هذه القواعد اذا فائدة تربوية تسهل معرفة الاحكام الشرعية واستنبـاط الحلول للوقائع ، بدل حفظ المسائل والفروع الجزئية ، لكن لا يمكن الاعتماد عليها وحدهـا في القضاء ، لانها ترد عليها استثناءات تخرج عنها ، ولأن هذه القواعد يجب أن تعتمـد(4)

1) شفيق العاني / المرجع السابق / ص106 ، 107.
2) الصابوني / المرجع السابق / ص356
3) أنظر عدد هذه القواعد في مجلة الاحكام العثمانية / ط5/ 1968 . حيث رتبت هـذه القواعد ، مرفقة بأرقام المواد التي تطبق بها كل قاعدة / ص16 ، 28 . وقد انتقـد الاستاذ مصطفى الزرقاء ماورد في المجلة ، اذ يرى أن هناك تكرار لبعض القواعد ، وفروعـا اعتبرت قواعد .
4) قاعدة من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه ، هذه القاعدة وردت في أكثر كتـب القواعد ، ومنها الاشباه والنظائر لابن نجيم ، ومن فروع هذه القاعدة ، أن الموصى له اذا قتل الموصي يحرم من الوصية ، لانه استعجل الموصى به قبل أوانه فعوقب بحرمانه) ، ماجـاء في الاشباه والنظائر لابن نجيم ان الدائن اذا قتل مدينه استعجالا لوفاء الدين لا يحـرم من حلول دينه خلافا للقاعدة . ورأى الاستاذ الصابوني ان ماذهب اليه ابن نجيم يتفق مـع مذهبه الحنفي ، بحلول أجل الدين بوفاة المدين خلافا للمالكية الذين اشترطوا لحلول الدين بوفاة المدين شرطين :
أ ـ ألا تكون الوفاة بسبب الدائن والا حرم من حلول الاجل تطبيقا للقاعدة دون استثناء لها .
ب ـ الا يكون المدين قد اشترط على الدائن عدم حلول المدين بوفاته/ الصابوني / المرجع السابق/ 357، 358.

على أصل في الكتاب أو السنة ، حتى يصح الاستنباط منها والتخريج (1) .

هذا هو معنى القواعد العامة ، وكيفية ظهورها ، ومكانتها .

أما حظ المذاهب المختلفة من هذه القواعد ، فهناك مؤلفات كثيرة تدخل في هذا الفن في المذهب الحنفي ، والمالكي ، والشافعي ، والحنبلي ، والمذهب الجعفري .

بعض هذه المؤلفات مطبوع والبعض الاخر مازال مخطوطا ، الا أن هذه المؤلفات لا تتضمن كلها قواعد ، وان كانت تعد في هذا الفن ، فهناك ماتضمن الاشباه والنظائر ، ككتاب السيوطي ، وهناك مايتضمن الفروق ، وهناك مؤلفات ، لاتتضمن لا هذا ولا ذاك ، وانما تختلف عنها تمام الاختلاف ، ولكنها تعد من مؤلفات القواعد ، ككتاب العز بن عبد السلام .

ولما كان موضوعنا لا يتعلق بالتاريخ لهذه القواعد ، وانما يتعلق بمبادئ الشريعة وهناك من يعتبر هذه القواعد ، هي مبادئ الشريعة ، وهناك أيضا من يشترط أن يكون مايرجع اليه القاضي متفق عليه بين الفقهاء ، فضلنا أن نورد نماذج من هذه القواعد بالاعتماد على المراجع الاصلية ، ولحسن الحظ ، فقد عثرنا على مؤلف من كل نوع من الانواع التي أشرنا اليها ، وعلى ماكتبه الاستاذان مصطفى الزرقاء ، وعبد الرحمن الصابوني في فرع مستقل .

---

1) بين السيوطي في القواعد التي أوردناها سابقا ، والتي يذكر فيها ان جميع الفقهاء متفقين عليها ، الاصول التي نعتمد عليها من الكتاب والسنة ، فالقاعدة الاولى اليقين لا يزول بالشك أصلها قول الرسول صلى الله عليه وسلم ، ان الشيطان ليأتي أحدكم في صلاته فيقول له ، احدثت فلا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا . الثانية المشقة تجلب التيسير ، قول الله سبحانه وتعالى (ماجعل عليكم في الدين من حرج) وقول الرسول صلى الله عليه وسلم ، (بعثت بالحنيفة السمحاء) القاعدة الثالثة (لاضرر ولاضرار) أي كما قال الرسول صلى الله عليه وسلم ، بمعنى (الضرر يزال) . القاعدة الرابعة (العادة محكمة) لقوله صلى الله عليه وسلم (مارآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن) . وقال بأن بعض المتأخرين ان هذه القواعد الاربعة دعائم الفقه كله نظره فان غالبه لا يرجع اليها الا بواسطة وتكلفة/ السيوطي / المرجع السابق / ص 6 .

الفرع الثالث : القواعد العامة في المذاهب المختلفة :

أرخ الأستاذان الصابوني والزرقاء لهذه القواعد وحصروا عددها في كل مذهب استنادا الى أهم المؤلفات التي وضعت في هذا المجال ، وسأنقل هنا ماجاء به ، الى جانب مااستطعت الوقوف عليه في مراجعه الاصلية ، وهذا استكمالا للشطر الثاني من الرأي الذي أحال على القواعد الفقهية العامة ، واعتبرها هي المقصود بما ورد في المادة الاولى مدني والتي ذهب الرأي بشأنها الى أنها متفق عليها بين جميع المذاهب ، أو يجب أن يكون متفق عليها بين المذاهب الفقهية المختلفة .

المذهب الحنفي :

يعتبر فقهاء المذهب الحنفي رواد هذا الموضوع ، فهم الذين اهتموا به قبل غيرهم وهم الذين قعدوا هذه القواعد ، ولهم مؤلفات كثيرة في هذا المجال ، بعضها مطبوع والبعض الآخر مازال مخطوطا ، ونكتفي هنا بايراد هذه القواعد نقلا عما جاء في كتاب الصابوني وحده لان الأستاذ الزرقاء أوردها كما هي مرتبة في مجلة الأحكام العدلية العثمانية ، والمجلة كما يذكر وسعت فيها كثيرا .

القواعد الأساسية ومايلحق أويتفرع عنها من قواعد جزئية . (1)

1 ــ القاعدة الأولى : لاضرر ولاضرار) . وتدخل تحتها أو تتفرع عنها القواعد التالية :

أ ــ الضرر يزال . ب ـ الضرورات تبيح المحضورات .

ج ــ الضرورة تقدر بقدرها . د ــ الضرر لا يزال بمثله .

هـ ــ يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام . و ــ الضرر الاشد يزال بالضرر الأخف .

ــ اذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما ضررا بارتكاب أخفهما .

ح ــ يختار أهون الشرين . ط ــ الضرر يدفع بقدر الامكان .

ي ــ درء المفاسد أولى من جلب المنافع .

---

1) الصابوني / المرجع السابق/ ص 275 . ومابعدها ، مع شرح موجز لهذه القواعد مرفق بأمثلة .

2 ـ القاعدة الثانية : (العادة محكمة) . ويدخل تحتها جملة قواعد فرعية هي :

أ ـ استعمال الناس حجة يجب العمل بها . د ـ العبرة للغالب الشائع لا للنادر . (1)

ب ـ لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان . هـ ـ المعروف عرفا كالمشروط شرطا .

جـ ـ انما تعتبر العادة اذا اطردت أو غلبت .

3 ـ القاعدة الثالثة : (التابع تابع) ويتصل بها عدة قواعد منها :

أ ـ من ملك شيئا ملك ما هو من ضروراته . ب ـ اذا سقط الأصل سقط الفرع .

ويتصل بهذه القاعدة قاعدة أخرى (الساقط لا يعود) .

4 ـ القاعدة الرابعة: (الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة) .

5 ـ القاعدة الخامسة : المطلق يجري على اطلاقه .

6 ـ القاعدة السادسة : (البينة حجة متعدية ، الاقرار حجة قاصرة) .

7 ـ القاعدة السابعة : (الكتاب كالخطاب) .

8 ـ القاعدة الثامنة : (اليقين لا يزول بالشك) . ويتفرع عنها عدة قواعد هي :

أ ـ الأصل بقاء ما كان على ما كان . ب ـ الأصل براءة الذمة .

جـ ـ الأصل اضافة الحادث الى أقرب أوقاته . د ـ الأصل العدم .

هـ ـ الاستصحاب . (2)

هذه هي القواعد الفقهية في الفقه الحنفي ، حسبما أوردها الأستاذ الصابوني وقد أوردتها كذلك مجلة الأحكام العدلية ، حسبما أوردناها من قبل ، وقد شرحت هذه القواعد عدة مرات تبعا لشرح المجلة ـ مجلة الأحكام العدلية العثمانية ـ منها شرح الأستاذ الزرقاء (3) وشرح الأتاسي، وشرح سليم باز ، أما المؤلفات الموضوعة في هذا المجال من قبل فقهاء المذهب

---

1) عبد الرحمن الصابوني/ المرجع السابق / ص396
2) عبد الرحمن الصابوني/ المرجع السابق/ ص398 الى 416
3) مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ ج2/ ص961 ومابعدها .

الحنفي ، تجاوز عشر كتب ، بما فيها مجلة الاحكام العدلية بعضها مطبوع ، وبعضها مازال مخطوطا ، وأهم المؤلفات هي الاشباه والنظائر لابن نجيم المصري . وسننقل هنا نموذجا لهذه القواعد مشروحة باختصار نقلا عن الصابوني ، وهو الذي نقلنا شرحه عن غيره ، لأن الشروح الاخرى التي توفرت لدينا ، اتبعت طريقة المجلة في الشرح أي مادة بمادة .

وأول قاعدة وردت في المذهب الحنفي هي قاعدة (لاضرر ولاضرار) وان هذه القاعدة تدخل تحتها قواعد فرعية منها قاعدة الضرورات تبيح المحظورات[(1)] . هذه القاعدة نصت عليها المادة 21 من مجلة الاحكام العدلية ، وهي مأخوذة من قوله تعالى (الا ما اضطررتم اليه) ، بعد ان ذكر المحرمات استثنى حالة الاضطرار ، حيث يباح فيها المحرم مادام الاضطرار قائما ، ومعنى هذه القاعدة ان كل ممنوع شرعا يباح عند الضرورة ، فاذا زالت الضرورة رجع حكم الممنوع كما كان ، أي الى التحريم ، والضرورة هي كل عذر جاز بسببه اجراء الممنوع ، كما أن هذه القاعدة تحتوي على بعض الاصطلاحات الفقية والاصولية المتعلقة بها .

أما المباح ، فهو كل شئ يجوز تركه وفعله في نظر الشارع ، اما لنص الشارع على أن هذا الشئ مباح ، أو لأن نصوص الشريعة لم تنص عليه بالتحريم ولا بالتحليل فبقي على الاصل العام حسب القاعدة المعمول بها في أن الاصل في الاشياء الاباحة[(2)] ، ولأن الضرورة غيرت حكمه فجعلته مباحا[(3)] . وان اباحة الضرورات للمحظورات تسمى في علم أصول الفقه بالرخصة وهذه الاخيرة تبيح المحرم لضرورة مع بقاء تحريمه اذا زالت الضرورة .

فالاكراه مثلا يباح به المحرم اذا كان اكراها ملجئا ، وفي الاحكام التي تجوز فيها الرخص كاتلاف مال الغير بالاكراه ، فأخذ مال الغير ممنوع بغير رضاه ، الا أنه اذا أصبح المرء في حالة الهلاك من الجوع فيجوز له أخذ مال الغير على أن يعوض ثمنه فيما بعد .

---

1) عبد الرحمن الصابوني / المرجع السابق/ ص 381
2) قاعدة مشهورة في المذهب الحنفي .
3) الرخصة قسم من أقسام الحكم الشرعي، اختلف في شأنها ، فالبعض يعتبرها قسم من أقسام التكليف والبعض الاخر يعتبرها من أقسام الحكم الوضعي/ الشاطبي / المرجع السابق/ جـ 1/ ص 187

كما أنه لو أكره انسان على اتلاف مال معين لغيره وكان الاكراه ملجئا لفعل ذلك لا يعاقب ، والضمان يلزم المكره لا المكره الذي قام بالاتلاف .

هذا ومما يجب أن يلاحظ أن الضرورات لا تبيح جميع المحظورات ، بل يجب أن تكون هذه المحظورة دون الضرورات ، والا بقيت على حكم الأصل . ومن فروع هذه القاعدة :

أ ــ هدم البيوت المجاورة للحريق منعا لسريانه .

ب ــ منع المصاب بمرض سار من مخالطة الناس ووجوب حجزه في مكان وقائي منعزل .

جـ ــ أخذ مال المدين الممتنع عن أدائه جبرا عنه لوفاء ديون الدائنين .

د ــ اتلاف المال عند الضرورة ، كما اذا خيف عن سفينة من الغرق لزيادة حمولتها ، فيجوز القاء الحمولة في البحر .

وقد اقتصرنا هنا على هذه القاعدة باعتبارها فرع من قاعدة كلية ، وان كل من القاعدتين الكلية والفرعية تستند الى نص في الكتاب والسنة ، وان الفروع التي تندرج تحت هذه القاعدة فهي تندرج تحت أحكام المسؤولية المدنية بالدرجة الأولى .

هذه هي القواعد الفقهية العامة في المذهب الحنفي وما يدخل تحتها من فروع يعتبر هو أيضا بمثابة قواعد ينطبق على فروع فقهية . وهي التي ينطبق عليها تعريف القواعد العامة أما ماعدا المذهب الحنفي ، فلم توضع فيه مثل هذه القواعد في صياغتها ، وفي عموميتها ، وانما هي تعتبر أو اعتبرت قواعد لانها تحمل الاسم نفسه .

المذهب المالكي :

يدرج في هذا الموضوع كتابان في هذا المذهب ، الفروق للقرافي ، والقوانين الفقهية لابن جزي الغرناطي .(1)

1) كل من الكتابين طبع عدة طبعات ، فالفروق ظهر في طبعتين ، احداهما طبعت معها حاشية سراج الدين ابي القاسم بن عبد الله الانصاري ، وبالهامش تهذيب الفروق والقواعد السنية في الاسرار الفقهية للشيخ محمد علي بن الشيخ حسين مفتي المالكية . والطبعة الاخرى اقتصرت على الفروق وحاشية سراج الدين ابي القاسم بن عبد الله الانصاري . أما كتاب القوانين الفقهية فقد طبع وحده ، ولا تعرف عدد طبعاته .

فالقرافي جمع في كتابه 548 فرقا بين قاعدتين ، وننقل هنا نموذجا لطريقته حتى يتبين مدى موافقته لما نقل عن المذهب الحنفي أو عدم موافقته .

(الفرق الرابع والثمانون والمائة بين قاعدة ما يقبل الملك من الأعيان والمنافع ، وبين قاعدة مالا يقبله) .

(أعلم ان الأعيان منها مالا يقبل الملك اما لعدم اشتمالة على منفعة كالخشاش أو منفعة محرمة كالخمر ، والمرطبات المحرمة ، أو منفعة تعلق بها حق أدبي كالحر فانه لا يقبل الملك لغيره . . . لأنه أحق بنفسه من غيره ، أو تعلق بها حق الله تعالى كالمساجد وبيت الله الحرام ، وقد تقدم ان الملك اذن شرعي خاص ، والاذن في غير منتفع به عبث ، وفي المحرم متناقض وفيما هو حق للغير يبطل لذلك الحق يتبع (المالك) في هذه الاقسام ، ومنها مافيه منفعة يقبل المالك لأجل منفعة وهو قسمان ، مايمنع بيعه اما صونا لمكارم الأخلاق عن الفساد ، ككلب الصيد ، واجارة الأرض اذا قلنا بأنها لا تؤجر مطلقا ، لأن ذلك كان قديما من الأمور المنافية لمكارم الأخلاق ، ولذلك قال عليه السلام من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه ، فان الحسن والقبيح في هذه الأمور عادي ، واما لتعلق حق الغير كأم الولد ، لتعلق حقها بالعتق ، والحر لتعلق حقه بنفسه ، والوقف لتعلق حق الموقوف عليه أو به ، واما ما سلم من هذه الموانع فهو قابل للملك والتصرف بأسباب الملك على اختلافها ، ونظائره كثيرة معروفة كالبر والانعام وغيرهما فهذا تلخيص الفرق بين القاعدتين ، وهنا قاعدة أخرى تلاحظ في هذا الفرق وهي أن التصرف كان من العقود كالبيع أو غير العقود كالتعزيرات ، وهو لا يحصل مقصود ، فانه لا يشرع ذلك ان وقع ، فلذلك امتنع بيع الحر وأم الولد ونكاح المحرم ، وذوات المحرم ، فان مقاصد العقود لا تحصل بها ، وكذلك الاجارة على الافعال المحرمة ، وتعزير من لا يعقل الزجر كالسكران والمجنون ونحوهما ، فان الزجر لا يحصل بذلك والمقصود من البيع ونحوه انما هو انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير اليه ، فاذا كان عديم المنفعة أو محرمًا لم يحصل المقصود ، فيبطل عقده والمعاوضة عليه لهذه القاعدة ، فهذه القاعدة أيضا تحصل فرقا

بين القاعدتين) .(1)

أما في المذهب الشافعي ، فهناك عدد من الكتب التي تعرضت للقواعد العامة(2) طبع منها كتابان للعز بن عبد السلام ، ولجلال الدين السيوطي ، ولحسن الحظ عثرنا عليهما وسننقل منهما نماذج لما جاء فيهما من قواعد .

الكتاب الاول : قواعد الاحكام في مصالح الانام ، لابي محمد عزالدين بن عبد السلام السلمي المتوفي سنة 660 هـ ، والذي أشرنا له من قبل ، وهو في جزئين ، وننقل هنا احدى القواعد التي احتوى عليها .

ـ قاعدة في بيان حقائق التصرفات :

الانسان مكلف بعبادة الديان باكتساب في القلوب والحواس والافكار ، مادامت حياته ، ولم تتم حياته الا بدفع ضروراته وحاجاته من المآكل والمشارب والملابس والمناكح وغير ذلك من المنافع ، ولم يتأت ذلك الا باباحته التصرفات الدافعة للضرورات والحاجات والتصرفات أنواع ، نقل ، واسقاط ، وقبض ، واذن ، ورهن ، وخلط ، وتملك ، واختصاص واتلاف ، وتأديب خاص وعام ، فنذكر كل نوع في باب ان شاء الله .

الباب الاول : في نقل الحق من مستحق الى مستحق :

وهو ضربان ، الضرب الاول في النقل بعوض وهي أنواع :

النوع الاول : البيع ، وهو نقل ملك كل واحد من المتبايعين الى صاحب اركان العوضيان عينا وان كان دينا فهو مقابلة التزام دين بالتزام دين الا أن يتفق التقابض فينتقل ملك البائع الى المشتري وملك المشتري الى البائع ، وان كان البيع عينا والثمن دينا كان التزام الدين في نقل

---

1) القرافي / المرجع السابق/ جـ3/ ص236 ـ 239 ، الكلمة الواردة بين قوسين رسمت كذلك ونعتقد أنها خطأ ، فرسمها الصحيح هو الملك .

2) الصابوني / المرجع السابق/ ص437 ـ 443 . مصطفى الزرقاء / المرجع السابق/ ص953 . حيث ذكران الكتاب الوحيد المطبوع في المذهب الشافعي ، هو كتاب العز بن عبد السلام في حين أن هناك كتابان هما : كتاب السيوطي . وكتاب شهاب الدين الزنجاني ، كما ذكر الصابوني .

مقابلة ملك العين ، فاذا قبض الدين انتقل الملك الى البائع) .

النوع الثاني : الاجارة ، وهي بيع المنافع بعين أو دين أو منافع ، وتتصل المنافع والحقوق تارة بالذمم وتارة بالاعيان

النوع الثالث : المساقاة والمزارعة التابعة لها ، وهي التزام أعمال الفلاحة بجزء شائع من الغلة المعول على تحصيلها

النوع الرابع : القراض وهو تعاقد على الاجارة بجزء شائع من الأرباح .

النوع الخامس: السلم ، وهو بيع دين بعين مقبوضة في المجلس ، أو بدين يقبض فيه .

النوع السادس: القرض ، وهو بذل عين في مقابلة دين .

النوع السابع : الجعالة ، وهي بذل مال في مقابلة عمل مقصود مجهول ، وفي المعلوم خلاف .

والحوالة مركبة من بيع وقبض والصلح بيع أو اجارة أو ابراء أو هبة . والقسمة بيع على قول وتمييز حق على آخر ، وتكون نوعا مستقلا . وأما الفسوخ فهي تراد بين العوضين أورد في أحدهما في مقابلة قيمة الآخر ، كالفسخ بخيار المجلس ، وخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وخيار التدليس ، وخيار الرد بالعيب وخيار رجوع البائع بفلس المشتري ، وخيار تعذر امضاء العقد ، وكذلك ما سرقه المسلمون من أموال الحرب فان الملك ينتقل فيه بغير عوض ، وكذلك اغتنام أموالهم واستحقاق القاتل السلب ، وكذلك الأخذ بالشفعة ناقل للملك من المحاربين . أما الوقف على معنيين فهو نقل للمنافع والغلات الى الموقوف عليه ، وهل هو نقل لركاب الاعيان فيه خلاف .

الضرب الثاني : النقل مجانا بغير عوض كالهدايا أو الوصايا ، والعمرى ، والرقبى ، والهبات والصدقات ، والكفارات ، والزكاة .

وفي الباب الثامن الذي عنونه (في اسقاط الحقوق وهي ضربان) والباب الثالث (في القبض وهو ثلاثة أضراب) وفي الباب الرابع (في الاقباض وهي أنواع) وفي الباب الخامس (في التزام الحقوق من غير قبول وهي أنواع) وفي الباب السادس (الخلط والشركة ضربان) وفي الباب السابع (انشاء الملك فيما ليس بمملوك وهي أنواع) الباب التاسع (في الاذن وهي ضربان) الباب العاشر (الاتلاف وهو أنواع) الباب الحادي عشر (التأديب والزجر وهو أضراب) و (فصل من تصرف الولاة ونوابهم) و (فصل فيما يسري من التصرفات وله أمثلة) ، هذا نموذج لاحدى القواعد التي احتوى عليها الكتاب ، والمؤلف لم يتقيد بتقسيم كتابه الى قواعد اذ يستعمل أحيانا الفصول ، وأحيانا أخرى الأبواب ، فيضع الموضوع الفقهي عنوانا في رأس الفصل أو الباب ، أو الفائدة أو القاعدة ، ثم يقسم الأحكام المتعلقة به ويفصلها وكثيرا مايبين حكمة التشريع (1) .

---

1) عزالدين بن عبد السلام / قواعد الأحكام في مصالح الانام / المكتبة الحسينية / القاهرة / ط1 / 1934م / ج2 / ص78 ، 87 .

فهو لا يتضمن قواعد بالمعنى الذي حددت به من طرف الباحثين، والتي تعتبر أحكاما كلية تتضمن ضوابط أساسية في مواضيع فقهية فهو ينتمي الى المؤلفات التي وضعت أو تناولت القواعد الفقهية العامة لعنوانه ، هذا حسب التعريف الاصطلاحي لهذه القواعد فقط ، أما من حيث المحتوى فهذا شئ آخر ، فمؤلفة الشيخ عزالدين عبد السلام يذكر أنه من بين القلة الذين بلغوا درجة الاجتهاد المطلق في عصره ، وان كان لم يصرح به حسب مؤرخي الفقه .

والكتاب الثاني في المذهب الشافعي هو كتاب الشيخ السيوطي ، وقد أشرنا اليه من قبل وعنوانه كما أسلفنا هو الاشباه والنظائر ، وهو الكتاب الذي يدخل في هذا الباب حقيقة، وهو مقسم الى كتب ، الكتاب الاول تضمن القواعد الستة التي ذكرناها من قبل ، والكتاب الثاني تضمن أربعين قاعدة أقل اتساعا من الاولى ، والكتاب الثالث تضمن عشرين قاعدة وهي لاتختلف عن القواعد التي نقلها الصابوني عن ابن نجيم .

وفي المذهب الاباضي ذكر السالمي هذه القواعد وبين أن قدماء الفقهاء من أصحابه أي فقهاء المذهب الاباضي وغيرهم بنو الفقه على خمس قواعد ، القاعدة الاولى قولهم ان اليقين لايزيله الا يقين مثله ، وهو نوع من الاستصحاب المتقدم ذكره ، لأن بقاء حكم اليقين مستصحب وان ورد عليه الشك حتى يتيقن انتقاله ، ومن فروع القاعدة ، ان من تيقن الطهارة وشك في الحدث يأخذ بالطهارة . القاعدة الثانية ، قولهم ان الامور بمقاصدها ، ومن فروع هذه القاعدة جواز القصر والجمع ، والفطر في السفر ، وجواز الجمع للمستحاضة ، والمبطون ونحو ذلك ، القاعدة الخامسة قولهم ان العادة محكمة ، أي حكمها الشرع ، ومن فروع هذه القاعدة بيان أقل الحيض وأكثره ومسائل التعارف ونحو ذلك .(1)

وقد عرض الحجوى هو بدوره هذه القواعد الخمسة ، دون أي شرح أو تعليق ، وهو عندما عرضها لم يفعل ذلك كفقيه مالكي ، وانما عرضها كمؤرخ للفقه الاسلامي .

---

1) السالمي / المرجع السابق/ ج2 / ص 191 ، 192 .

وفي المذهب الحنبلي يذكر كتاب الحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفي عام 795هـ ، وكتابه كما قيل مطبوع ومتداول ، حسب الأستاذ الصابوني (1) ، وفيه فهرس قيم وضعه أحد فقهاء الحنابلة ، حيث رتب هذه القواعد حسب مواضعها ، وان جاءت في أماكن متفرقة ، وفي الكتاب مئة وستون قاعدة مع الأمثلة ، والتعريفات على المذهب الحنبلي ، خلافا لما ذكره الأستاذ الزرقاء عندما تعرض لهذا الكتاب ، فقد ذكر أنه على كل حال ، أنه ليس مجموعة قواعد فقهية بمعنى الكلمة وأن مباحثه تحتوي على مئة وستون قاعدة (2) .

وفي المذهب الجعفري ذكر الأستاذ سلام مدكور كتاب القواعد الفقهية لميرزي حسن الموسوي في أربعة أجزاء (3) ، وأشار كذلك الى عدد من المخطوطات في هذا المذهب ، ولكنه لم يورد أمثلة لهذه القواعد ، وما اذا كانت تماثل القواعد التي تعرضنا لها من قبل .

هذه هي القواعد الفقهية العامة في الفقه الاسلامي ، وكل المذاهب أخذت بها أي في تعريفها [illegible] القواعد ، وهي كما رأينا من قبل غير متفق عليها من طرف الجميع ، اذ نجد عدة أنواع ، فهناك الأشباه والنظائر ، كما رأينا عند الحنفية ، وبعض الشافعية والحنابلة ، وما نقلناه عن الاباضية ، وما ورد في كتاب الحجوي ، وربما كانت كتب الجعفرية هي أيضا تحتوي على مثل هذه القواعد .

ومقابل هذا نجد الفروق ، كما هو الشأن عند القرافي ، وقد بلغت هذه الفروق أكثر من خمسمائة فرق ، وهي كما يبدو عبارة عن رد على الأشباه والنظائر حسبما بدا لنا ، وان صح هذا كان الاتفاق حول هذه القواعد مشكوك فيه ، كما رأى من ذهب الى هذا .

كذلك نجد اتجاه آخر بخصوص هذه القواعد ، هو اتجاه الشيخ عزالدين بن عبد السلام فهذا معناه أيضا تأكيد عدم وجود اتفاق بصفة مطلقة .

---

1) الصابوني / المرجع السابق/ ص 457 ، 458 .
2) الزرقاء / المرجع السابق/ ص 953 ، 954 .
3) سلام مدكور / أصول الفقه / ص 332 . عناوين المخطوطات ذكرها في ص 342 هامش 2 .

فالاتفاق الذي قيل به ينحصر في الاشباه والنظائر ، وبالضبط في القواعد الخمسة المشهورة وهي التي اعتبرت مبادئ الشريعة ، وهذا شيء جيد ، لأن رقم خمسة له مكانته الكبيرة في الاسلام بصفة عامة ، فأركان الدين خمسة ، ومقاصد الشريعة خمسة ، ومصادر الفقه عند الجمهور خمسة متفق عليها ، الكتاب ، والسنة ، والاجماع ، والقياس ، والاستدلال .

اذا جمعنا هذه الأعداد المتفرقة فاننا نحصل على مربع اضلاعه متساوية هذا المربع هو الذي يكون اطار الاسلام عقيدة وشريعة ، أو النظرية الاسلامية كما يحلو للبعض . والاسلام كما هو معروف شأنه في ذلك شأن النظريات المتكاملة لايقبل الانقسام ولا التجزئة ، يؤخذ كما هو أو يترك كما هو ، واذا جزئ فان الجزء المفصول عنه لايؤدي الدور الذي كان يقوم به من قبل ، لأن الفصل يفقده خواصه ، ولايعود صالحا ، والقواعد الفقهية جزء منه أوجدها الفقهاء لتحكم الفروع الكثيرة المتناثرة وتيسر عليهم تطبيق الكثير من الأحكام الجزئية عليها دون أن يكون بينها تعارض أو تنافر وهذه الجزئيات هي محل الخلاف بين المذاهب ، فالفقهاء عندما يطبقونها ، فانهم يلتزمون بفروع المذاهب الذي ينتمون اليها ، فالفقيه المالكي ، على فروع المذهب المالكي والحنفي كذلك ، والاباضي يلتزم مذهبه الى آخره . وهذا مثل أمامنا ، فالسيوطي طبق هذه القواعد (1) على أراء أئمة المذهب

(القاعدة الثالثة) المشقة تجلب التيسير الأصل في هذه القاعدة قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر) وقوله تعالى (وماجعل عليكم في الدين من حرج) وقوله صلى الله عليه وسلم بعثت بالحنفية السمحة أخرجه أحمد في مسنده من حديث جابر بن عبد الله ومن حديث أبي امامة والديلمي وفي مسند الفردوس من حديث عائشة رضي الله عنها وأخرج أحمد في مسنده والطبراني والبزار وغيرهما عن أبي عباس قال قيل يارسول الله أي الأديان أحب الى الله قال الحنيفية السمحاء وأخرجه البزار من وجه آخر بلفظ أي الاسلام وروى الطبراني في الأوسط من حديث أبي هريرة ان أحب الدين الى الله الحنفية السمحة وروى الشيخان وغيرهما من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وغيره انما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين وحديث يسروا ولاتعسروا وروى أحمد من حديث أبي هريرة مرفوعا ان دين الله يسر ثلاثا ، وروى أيضا من حديث الاعرابي بسند صحيح خير دينكم أيسره ، وروى ابن مردوية من حديث محجز بن الأورغي مرفوعا ان الله انما أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر وروى عن عائشة رضي الله عنها ماخير الرسول صلى الله عليه وسلم بين أمرين الا اختار أيسرهما مالم يكن اثما ، وروى الطبراني عن ابن عباس مرفوعا ان الله شرع الدين فجعله سهلا سمحا واسعا ولم يجعله ضيقا ، قال العلماء يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتحقيقاته (واعلم) أن أسباب التخفيف في العبادات وغيرها سبعة ، الأول السفر قال النووي ورخصة ثانية (منها) مايختص بالطويل قطعا وهو القصر والفطر والمسح أكثر من يوم

فقد استشهد بأقوال الامام الشافعي ، والشيخ عزالدين بن عبد السلام ، والغزالي . معنى هذا أن الفقيه ليس حرا في تطبيقها ، وان كان هذا يمكن أن نتغاضى عنه ، مادام أئمة الجمهور ينتمون لاتجاه فكري واحد ، وفقهاء القانون رأينا رأيهم من قبل ، وهو أن تكون هذه القواعد متفقا عليها من جميع المذاهب ، أما الآراء الفقهية فانه يتعذر تطبيقها ، كذلك يشترطون أن تكون هذه المبادئ متفقة مع مبادئ القانون .

وليلة (ومنها) مالا يختص به قطعا وهو ترك الجمع وأكل الميتة (ومنها) ما فيه خلاف والأصح اختصاصه به وهو الجمع (ومنها) ما فيه خلاف والأصح عدم اختصاصه وهو النقل على الدابة واسقاط الفرض بالتيمم ، واستدرك ابن الوكيل رخصة تاسعة صرح بها الغزالي وهي ماذا كان له نسوة وأراد السفر فانه يقرع بينهن ويأخذ من خرجت لها القرعة ولا يلزمه القضاء لضراتها اذا رجع وهو يختص بذلك بالطويل وجهان أصحهما لا (الثاني) المرض رخصة كثيرة التيمم عند مشقة استعمال الماء وعدم الكراهة في الاستعانة بمن يصب عليه أو يغسل أعضاءه ، والقعود في صلاة الفرض وخطبة الجمعة والاضطجاع في الصلاة والايماء والجمع بين الصلاتين على وجه اختاره النووي والسبكي والأسنوي والبلقيني عن النهي وصح في الحديث وهو المختار والتخلف عن الجماعة والجمعة مع حصول الفضيلة كما تقدم والفطر في رمضان فترك الصوم للشيخ الهرم مع الفدية والانتقال من الصوم الى الاطعام في الكفارة والخروج من المعتكف وعدم قطع التتابع المشروط في الاعتكاف والاستنابة في الحج وفي رمي الجمار واباحة محظورات الاحرام مع الفدية والتحلل على وجه فان شرطه فعلى المشهور والتداوي بالنجاسات وبالخمر على وجه واساغة اللقمة بها اذا غص بالاتفاق واباحة النظر حتى للعورة والسوءتين (الثالث) الاكراه (الرابع) النسيان (الخامس) جهل ، وسيأتي لها مباحث (السادس) العسر وعموم البلوى كالصلاة مع النجاسة المعفو عنها كدم القروح والدمامل والبراغيث والقيح والصديد وقليل دم الأجنبي وطين الشارع وأثر نجاسة عسر زواله وذرق الطير اذا عم في المساجد والمطاف وما يصيب الحب في الدوس من روث البقر وبوله ومن ذلك المعفو عما لا يدركه الطرف وما لا نفس له سائله وريق النائم وفم الهرة ومن ثم لا يعتد الى حيوان لا يعم اختلاطه بالناس كما قال الغزالي وأفواه الصبيان وغبار السرجين ونحو وقليل الدخان أو الشعر النجس ومنفذ الحيوان ، ومن ثم لا يعفى عن منفذ الآدمي لامكان صونه عن الماء ونحوه وروث ما نشوءه في الماء والمائع وما في جوف السمك الصغار على وجه اختاره الروياني ، ومن ذلك مشروعية الاستنجاء بالحجر واباحة الاستقبال والاستدبار في قضاء الحاجة في البنيان ومس المصحف للصبي المحدث ومن ثم لا يباح له اذا لم يكن متعلما كما نقله عن مفهوم كلامهم وجواز المسح على العمامة لمشقة استيعاب الرأس ومسح الخف في الحضر لمشقة نزعه في كل وضوء ومن ثم وجب نزعه في الغسل لعدم تكرره وأنه لا يحكم على الماء بالاستعمال مادام مترددا على العضو ولا يضره التغيير بالمكث والطين والطحلب وكل ما يعسر صونه عنه ، واباحة الأفعال الكثيرة والاستدبار في صلاة شدة الخوف ، واباحة النافلة على الدابة في السفر وفي الحضر على وجه واباحة القعود فيها مع القدرة وكذا الاضطجاع والابراد بالظهر في شدة الحر ، ومن ثم لا ايراد بالجمعة لاستحباب التبكير اليهما والجمع في المطر وترك الجماعة والجمعة بالأعذار المعروفة وعدم وجوب قضاء الصلاة على الحائض

ومعنى هذا الشرط ان القاضي عندما لايجد نصا في القانون يأخذ قاعدة من هذه القواعد أو مبدأ ، كما سميت ، ويتأكد أولا من أن تطبيقها لايخالف مبادئ القانون أولا ، واذا ثبت لديه أنه ليس هناك تعارضا فانه يطبق المبدأ كما يفهمه هو وكما يتراءى له لا كما يجب أن يطبق . ومن هنا يبدو لنا ان القاضي عندما يطبق مبادئ الشريعة كما اطلق عليها بمفهومه الخاص ، لا كما يجب يطبق وفق نظامها الأصلي ، فانه لايطبق مبادئ الشريعة الاسلامية ، وانما يطبق مبادئ القانون الطبيعي أو قواعد العدالة وهذه هي نظرة فقهاء القانون كما يبدو .

هذه هي النتيجة التي أمكن استخلاصها .

= لتكررها بخلاف الصوم وبخلاف المستحاضة اند ور ذلك وأكل الميتة ومال الغير مع ضمان البدل اذ اضطر وأكل الولي من مال اليتيم بقدر أجرة عمله اذا احتاج وجواز تقديم نية الصوم على أوله ونية صوم النفل بالنهار واباحة التحلل من الحج بالاحصار والفوات ولبس الحرير للحكة والقتال وبيع نحو الرمان والبيض في قشره والموصوف في الذمة وهو السلم مع النهي عن بيع الغرر والاكتفاء برؤية ظاهرة الصبرة وأنموذج المتماثل وبارز الدار عن أسها ومشروعية الخيار لما كان البيع يقع غالبا من غير ترو ويحصل فيه الندم فيشق على العاقد فسهل الشارع ذلك عليه اجواز الفسخ في مجلسه ، وشرع له أيضا ثلاثة أيام ومشروعية الرد بالعيب والتحالف والاقالة والحوالة والرهن والضمان والابراء والقرض والشركة والصلح والحجر والوكالة والاجارة والمساقاة والمزارعة والقراض والعارية والوديعة للمشقة العظيمة في أن كل واحد لاينتفع الا بما هو ملكه ولايستوفي الا ممن عليه حقه ولايأخذه الا بكلامه ولايتعاطى أموره الا بنفسه فسهل الأمر باباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الاجارة والاعارة والقراض والاستعانة بالغير وكالة وايداعا وشركة وقراضا ومساقاة وبالاستيفاء من غير المديون حوالة وبالتوقف على الدين رهن وضمان وكفيل ، وحجر وباسقاط بعض الدين صلحا أو كله ابراء (ومن التخفيف) جواز العقود الجائزة لأن لزومها يشق ويكون سببا لعدم تعاطيها ولزوم اللازم والا لم يستقر بيع ولاغيره (ومنه) اباحة النظر عند الخطبة وللتعليم والاشهاد والمعاملة والمعالجة وللسيد (ومنه) جواز العقد على المنكوحة من غير نظر لما في اشتراطه من المشقة التي لايحتملها كثيرا من الناس في بناتهم وأخواتهم من نظر كل خاطب فناسب التيسر لعدم اشتراطه بخلاف المبيع فان اشتراط الرؤية فيه لايفضي الى عسر ومشقة (ومنه) اباحة أربع نسوة فلم يقتصر على واحدة تيسيرا على الرجال ، وعلى النساء أيضا لكثرتهن ولم يزد على أربع لما فيه من المشقة على الزوجين في القسم وغيره (ومنه) مشروعية الطلاق لما في البقاء على الزوجية من المشقة عند التنافي وكذا مشروعية الخلع والافتداء والفسخ بالعيب ونحوه والرجعة في العدة لما كان الطلاق يقع غالبا بغتة في الخصام والحرج وشق عليه التزامه فشرعت له الرجعة في تطليقتين ولم تشرع دائما لما فيه من المشقة على الزوجة اذا قصد اضراره بالرجعة والطلاق كما كان ذلك في أول الاسلام ثم نسخ (ومنه) مشروعية الاجبار على الوطء أو الطلاق في المولى (ومنه) مشروعية الكفارة في الظهار واليمين تيسيرا على المكلفين لما في التزام موجب ذلك من المشقة عند

النتيجة الثانية : ان هذه القواعد المتفق عليها تساوي ما أمكن استخلاصه من مبادئ القانون الطبيعي مع اختلاف نوع المعاملة ، ان مبادئ الشريعة يجب أن تخضع لرقابة مسبقة ومبادئ القانون الطبيعي لاتخضع لهذا الشرط ، ويجدر بنا أن نلاحظ ان فقهاء القانون يشترطون بالنسبة لمبادئ الشريعة ، ان تكون مطابقة لمبادئ القانون ، والقانون كما نعرف هو مجموع القواعد النافذة في فترة معينة مهما كان مصدرها سواء التشريع أو العرف ، فمبادئ الشريعة في هذه الحالة يجب أن تخضع لمبادئ التشريع ولمبادئ العرف في التشريعات التي قدمت العرف على الشريعة ، وان كانت الملاحظة الأخيرة لاتنطبق على القانون الجزائري والسوري .

عدم الندم (وكذا) مشروعية التخيير في كفارة اليمين لتكرره بخلاف كفارة الظهار والقتل والجماع لندرة وقوعها ولأن المقصود الزجر عنها (ومشروعية) التخيير في نذر اللجاج بين ما التزم والكفارة لما في الالتزام بالمنذور احراجا من المشقة (ومنه) مشروعية التخيير بين القصاص والدية تيسيرا على هذه الأمة على الجاني والمجني عليه ، كان في شرع موسى عليه السلام القصاص متحتما ولا دية (وفي) شرع عيسى عليه السلام الدية ولا قصاص (ومنه) مشروعية الكتابة ليتخلص العبد من دوام الرق لما فيه من العسر فيرغب السيد الذي لايسمح بالعتق مجانا مما يبذل له من النجوم (ومنه) مشروعية الوصية عند الموت لاستدراك الانسان مافرط في حال الحياة وفسح له في الثلث دون مازاد عليه دفعا لضرر الورثة فحصل التيسير ودفع الثقة في الجانبين (ومنه) اسقاط الاثم على المجتهدين في الخطأ والتيسير عليهم بالاكتفاء بالظن ولو كلفوا الأخذ باليقين لشق وعسر الوصول اليه ، فقد بان بهذا ان هذه القاعدة يرجع اليها غالب أبواب الفقه (السبب السابع) النقص فانه نوع من المشقة اذ النفوس مجبولة على حب الكمال فناسب التخفف في التكليفات فمن ذلك عدم تكليف الصبي والمجنون وعدم تكليف النساء بكثير مما يجب على الرجال كالجماعة والجمعة والجهاد والجزية وتحمل العقل وغير ذلك واباحة لبس الحرير وحلي الذهب وعدم تكليف الارقاء بكثير مما على الأحرار لكونه على النصف من الحر في الحدود والعدد وغير ذلك مما سيأتي في الكتاب الرابع (وهذه فوائد) يختم بها الكلام على هذه القاعدة (الأولى) في ضبط المشاق المقتضية للتخفيف (المشاق على قسمين) مشقة لاتنفك عن العبادة غالبا كمشقة البرد في الوضوء والغسل ومشقة الصوم في شدة الحر وطول النهار ومشقة السفر التي لاانفكاك للحج والجهاد عنها ومشقة ألم الحدود ورجم الزنا وقتل الجناية فلا أثر لهذه في اسقاط العبادات في كل الأوقات ومن استثنى من ذلك جواز التيمم للخوف من شدة البرد فلم يصب لأن المراد أن يخاف من شدة البرد حصول مرض من الأمراض التي تبيح التيمم وهذا أمر ينفك عنه الاغتسال في الغالب أما ألم البرد الذي لايخاف معه المرض المذكور فلا يبيح التيمم بحال وهو الذي لايبيح به الانتقال الى التيمم وأما المشقة التي لاتنفك عنها العبادات غالبا فعلى مراتب (الأولى) مشقة عظيمة فادحة كمشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأعضاء فهي موجبة للتخفيف والترخيص قطعا ، لأن حفظ النفوس والأطراف لاقامة مصالح الدين أولى من تعريضها للفوات في عبادة أو عبادات تفوت بها أمثالها (الثانية) مشقة خفيفة لاوقع لها كأدنى وجع في اصبع وأدنى صداع في الرأس أو سوء مزاج خفيف فهذه لاأثر لها ولا التفات اليها

نعتقد بعد هذا أنه لايمكن القول بأن المشرع اعتبر مبادئ الشريعة مصدرا بمعنى الكلمة وأعطاها ماتستحق من عناية وما لها من قيمة تشريعية كبيرة ، فقد اعتبرها في منزلة أدنى من منزلة القانون الطبيعي ، رغم الاختلاف الكبير بينهما ، ولذلك حرصنا في الباب الأول أن نعرض مدارس المختلفة التي تعرضت لظاهرة القانون ، وكذلك تعرضنا الفقه الاسلامي كنظام قانوني صرف.

= لأن تحصيل مصالح العبادات أولى من دفع مثل هذه المفسدة التي لاأثر لها (الثالثة) متوسطة بين هاتين المرتبتين ، فما دنا من المرتبة العليا أوجب التخفيف أو من الدنيا لم يوجبه كحمى خفيفة ووجع الضرس اليسير وما تردد في الحقاه بأيهما اختلف فيه ولاضبط لهذه المراتب بالتقريب وقد أشار الشيخ عزالدين الى أن الأولى في ضبط مشاق العبادات أن تضبط مشاق كل عبادة بأدنى المشاق المعتبرة في تخفيف تلك العبادة فان كانت مثلها أو أزيد ثبتت الرخصة ولذلك اعتبر في كل مشقة المرض المباح للفطر في الصوم أن يكون كزيادة مشقة الصوم في السفر عليه في الحضر وفي اباحة محظورات الاحرام أن تحصل تركها مثل مشقة الحمل الوارد فيه الرخصة واما أصل الحج فلايكتفي في تركه بذلك بل لابد من مشقة لاتحمل مثلها كالخوف على النفس والمال وعدم الزاد والراحلة وفي اباحة ترك القيام الى القعود أن يحصل به مايشوش الخشوع والى الاضطجاع أشق لانه مناف لتعظيم العبادات بخلاف القعود فانه مباح بلا عذر كما في التشهد فلم يشترط فيه العجز بالكلية وكذلك اكتفى في اباحة النظر الى الوجه والكفين بأصل الحاجة واشترط في سائر الأعضاء تأكيدها وضبطه الامام بالقدر الذي لايجوز الانتقال معه الى التيمم واشترط في السواتين مزيد التأكيد وضبطه الغزالي بما لايعد التكشف بسببه هتكا للمروءة ويعذر فيه في العادة (تنبيه) من المشكل على أن الضابط التيمم فانهم اشترطوا في المرض المبيح له أن يخاف معه تلف نفس أو عضو أو منفعة أو حدوث مرض مخوف أو بطء البرء أو شين فاحش في عضو ظاهر ومشقة السفر دون ذلك بكثير ، قال العلائي ولعل الفارق بين السفر والمرض أن المقصود أن لاينقطع المسافر عن رفقته ولايحصل له مايحرق عليه التقلب في السفر بالمعاشر فاغتفر فيه أخف مما يلحق المريض، أشار الى ذلك امام الحرمين وأشكل من هذا أنهم لم يوجبوا شراء الماء بزيادة يسيرة على ثمن المثل وجوزوا التيمم ومنعوه فيما اذا خاف شيئا فاحشا في عضو باطن مع أن ضرره أشد من ضرر بذل الزيادة اليسيرة جدا (خصوصا) اذا كان رقيقا فانه ينقص لذلك قيمته أضعاف قدر الزيادة المذكورة وقد استشكله الشيخ عزالدين وغيره ولاجواب عنه (تنبيه) ضبط في الروضة وأصلها نقلا عن الأصحاب المرض المبيح المفطر ولأكل الميتة بالمبيح للتيمم (الفائدة الثانية) قال الشيخ عزالدين تخفيفات الشرع ستة أنواع (الأول) تخفيف اسقاط ، كاسقاط الجمعة والحج والعمرة والجهاد بالأعذار (الثاني) تخفيف تنقيص كالقصر (الثالث) تخفيف ابدال الوضوء والغسل بالتيمم والقيام في الصلاة بالقعود والاضطجاع أو الايماء والصيام بالاطعام ، (الرابع) تخفيف تقديم كالجمع وتقديم الزكاة على الحول وزكاة الفطر في رمضان والكفارة على الحنث (الخامس) تخفيف تأخير كالجمع وتأخير رمضان للمريض والمسافر وتأخير الصلاة في حق مشتغل بانقاذ غريق أو نحوه من الأعذار الاتية (السادس) تخفيف ترخيص كصلاة المستجمر مع بقية النحو وشرب الخمر للغصة وأكل النجاسة للتداوي ونحو ذلك واستدرك العلائي سابعا وهو تخفيف تغيير نظم الصلاة في الخوف (الثالثة) الرخص أقسام مايجب فعلها كأكل الميتة للمضطر والفطر

ان نظرة المشرع لم تؤثر في الشريعة فقط ، وانما أثرت في عدد المصادر المنصوص عليها في المادة الأولى مدني ، والتعداد الوارد فيها والتنويع في المصادر الذي يبدو فيها والمتمثل في وجود قواعد تشريعية وضعية وقواعد دينية ، وقواعد عرفية ، وأخيرا قواعد عقلية هي مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة هو في الحقيقة تعداد نظري وان المصادر الحقيقية هي التشريع والعقل فقط . لأن مبادئ الشريعة حسب رأي فقهاء القانون الوضعي من القلة بمكان ، هذا من جهة ولأن تطبيقها يخضع لشرط مدى ملاءمتها لمبادئ القانون من جهة أخرى ، ولما كانت مبادئ القانون غير محددة سلفا فانها تخضع للسلطة التقديرية للقاضي ، وهذه السلطة هي عقله ، وقد رأينا من قبل محاولة نفي صفة المصدر عن الشريعة ، أما بالنسبة للمصدر الثالث العرف ، وهو بدوره وضعيته ليست أحسن من وضعية الشريعة بسبب عدم تقنينه أولا ، الأمر الذي يجعل معرفته صعبة للغاية ، ولأنه لا يطبق الا اذا توافرت شروطه ، هذه الشروط يختلف تقديرها من شخص الى آخر . لذا يبدو لنا اعادة النظر في صياغة المادة الأولى مدني التي يمكن القول بأن نظامنا أخذ بالشريعة كمصدر فعلا ، وأنه أخذ بنظام تعدد المصادر الحقيقية .

= لمن خاف الهلاك لغلبة الجوع والعطش وان كان مقيما صحيحا واساغة الغصة بالخمر ومايندب كالقصر في السفر والفطر لمن يشق عليه الصوم في سفر أو مرض والابراد بالظهر والنظر الى المخطوبة ومايباح كالسلم وما الأولى تركها كالمسح على الخف والجمع والفطر لمن لم يتضرر والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر من ثمن المثل وهو قادر عليه ومايكره فعلها كالقصر في أقل من ثلاثة مراحل (الرابعة) تعاطي سبب الرخصة لقصد الترخص فقط فيها تبيحه فيه صور تقدمت في أواخر القاعدة الأولى (الخامسة) بمعنى هذه القاعدة قول الشافعي رضي الله عنه اذا ضاق الأمر اتسع وقد أجاب بها في ثلاثة مواضع (أحدها) فيما اذا فقدت المرأة وليها في سفر فولت أمرها رجلا يجوز قال يونس بن عبد الأعلى فقلت له كيف هذا قال اذا ضاق الأمر اتسع (الثاني) في أواني الخزف المعمولة بالسرجين أيجوز الوضوء فيها فقال اذا ضاق الأمر اتسع ، حكاه في البحر (الثالث) حكى بعض شراح المختصر أن الشافعي سئل عن الذباب يجلس على غائط ثم يقع على الثوب فقال ان كان في طيرانه ماتجف فيه رجلاه والا فالشيء اذا ضاق اتسع وأسهم عكس هذه القاعدة اذا اتسع الأمر ضاق قال ابن أبي هريرة في تعاليقه وضعت الأشياء في الأصول على أنها اذا ضاقت اتسعت ، واذا اتسعت ضاقت الا ترى أن قليل العمل في الصلاة لما اضطر اليه سومح به وكثيره لما لم يكن به حاجة لم يسامح به كذلك قليل البراغيث وكثيره ، وجمع الغزالي في الاحياء بين القاعدتين بقوله كل ماتجاوز حده انعكس الى ضده ونظير هاتين القاعدتين في التعاكس قولهم يغتفر في الدوام مالا يغتفر في الابتداء وقولهم يغتفر في الابتداء مالا يغتفر في الدوام .

الفصل الثاني

الاتجاه الموسع في مفهوم الشريعة

انتهى العمل بالفقه الاسلامي كمصدر رسمي أول، وحلت محله التشريعات الوضعية وبعد ما عاد الى الظهور مرة أخرى، عاد كما رأينا تحت اسم مبادئ الشريعة، وقد اختلفت الآراء حولها، واعتبرت كل مجموعة آراء اتجاها مستقلا، تعرضنا للاتجاهات المضيقة في الفصل السابق وبقي اتجاه آخر، اختلف عنها في تحديده لمبادئ الشريعة، فقد اعتبرها أحكام الفقه الاسلامي المستخرجة من كتب الفقه المعتمدة لدى المذاهب المختلفة، يعتبر هذا الاتجاه الاتجاه المعبر حقيقة عن التشريع الاسلامي بمعناه الحقيقي، كما اتضح لنا في الباب الأول، خلافا للاتجاهات الأخرى، وقد اعتبرناه اتجاها موسعا، بالنظر الى الاتجاهات الأخرى المضيقة، ولأن أنصار هذا الاتجاه ذهبوا الى الأخذ بفقه جميع المذاهب. وهذا هو الاتجاه الأحسن فيما يبدو لنا لأنه الأقرب الى مفهوم الفقه في نظر فقهاء الشريعة أنفسهم، هذا من جهة، ولأنه تجنب أوجه القصور التي بدت في الاتجاهات السابقة، لكن هذه المزايا التي امتاز بها، نال منها تباين وجهات نظر القائلين به :

فقد ذهب بعض أنصار هذا الاتجاه الى أن مبادئ الشريعة هي الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه المختلفة، مذاهب الجمهور، ومذاهب غير الجمهور المعثور على أنسب الأحكام للمنازلة المعروضة أمامه بشرط أن يكون ما يستقي من الفقه الاسلامي متفقا مع مبادئ وأحكام القانون المدني حتى لا يفقد القانون تجانسه وانسجامه، ذهب الى هذا، الفقيه العربي الكبير السنهوري (1)، والغرض من هذه الرخصة واضح، ومن أجله أزال الحدود بين المذاهب، وسمح بالاختيار الحر منها دون قيد أو شرط، وأعطى للقاضي سلطة مطلقة لرفض أي حكم في الفقه الاسلامي مهما كان مصدره الكتاب أو السنة أو الاجماع، وهي أقوى المصادر وأولاها بالتقدير والاحترام، اذا رأى القاضي أنه

---

(1) السنهوري / الوسيط / ج1/ ص 49.

يتعارض مع أحكام القانون ، والاخذ بأي حكم مادام متفقا مع القانون المدني حتى ولو كان رأيا ضعيفا أو خاطئا عند علماء الجمهور علاوة على عدم وضوح المبادئ العامة التي يمكن للقاضي الاعتماد عليها الا عقل القاضي ، ومن هنا فانه يعتبر امتدادا للاتجاهات السابقة المضيقة لايجمعه هذه الا اعتباره مبادئ الشريعة هي أحكام الفقه .

الرأي الثاني في هذا الاتجاه هو موقف القضاء الجزائري (1) الذي طبق الفقه مباشرة، وقدمه على التشريع في المرحلة الانتقالية التي استمر فيها تطبيق القانون الفرنسي 1962 ، 1975 وله عدة أحكام في هذا المجال، لأن ذلك كان مسموحا به ، وبعد صدور القانون المدني سنة 1975م أصبح الوضع في الجزائر كما هو في بقية البلاد العربية ، فقد نص واضع التشريع على مبادئ الشريعة كمصدر احتياطي ، ولم يتعرض الشراح الجزائريين لهذه المسألة ، ولم نعثر على محاولة تحديد معناها ، لكن يبدوا أن الرأي يذهب الى الاخذ بالاتجاه الموسع (2) أي الفقه ، ولكنه يقصره على المذهب المالكي فقط لاعتبارات آنية سنشير اليها فيما بعد .

الرأي الثالث في هذا الاتجاه هو رأي الأستاذ عبد الناصر توفيق العطار (3) الذي يعتبر اتجاها موسعا بمعنى الكلمة ، فقد رأى الأخذ بجميع المذاهب المعمول بها الى حد الآن والمذاهب التي ليس اتباع — المذهب الظاهري — دون التقيد بالتقسيم التقليدي جمهور وغير جمهور ، فهو يستبعد مذاهب الشيعة والمذهب الأباضي ، لم يشترط أن يكون مايستقي من هذه المذاهب

---

(1) يحي بكوش/ المرجع السابق .

(2) راجعت بعض الزملاء في مفهوم مبادئ الشريعة ، فذهب بعضهم الى أن المقصود بمبادئ الشريعة هي أحكام الاسرة هذا قبل صدور قانون الاسرة في حين ذهب بعضهم الى أنها كتب الفقه المعتمدة في المذهب المالكي وبالتحديد مختصر خليل لأن المذاهب الأخرى غير معروفة .
راجعت بعد ذلك رئيس الغرفة المدنية بالمجلس الاعلى حول الاحكام التي صدرت قبل صدور القانون المدني الجزائري ، والمصادر التي اعتمد عليها المجلس فبين أنها كتب الفقه المعتمدة في المذهب المالكي وهي رسالة ابي زيد القيرواني ومختصر خليل ، ولحسن الحظ كان هو الذي شارك في اصدارها فعرضت عليه الآراء التي قال بها الشراح العرب فلم يمانع في قبول الأخذ بالاتجاه الموسع بشرط أن يضبط ويحدد تحديدا علميا ، والى أن يحين ذلك ، فان العمل سيستمر بالتقيد بالكتب المشار اليها .

(3) عبد الناصر توفيق العطار/ مبادئ القانون / ص 115 ومابعدها الى ص 133 .

موافقا لأحكام ومبادئ القانون ، وانما اشترط أن تكون الأحكام مبنية على قواعد أصول الفقه أي مستندة الى أدلتها ، الكتاب أو السنة أو الاجماع أو القياس ، الى آخر أدلة الفقه ، ولبيان رأيه عرف بعلم أصول الفقه ، وأهميته وموضوعه ، وبمصادر الفقه الأصلية والتبعية كما عرف بالمذاهب التي ذكرها وهي المذاهب الثمانية المذاهب الأربعة المشهورة ، والمذهب الظاهري والمذاهب الشيعية الجعفري الاثنى عشرى ، والمذهب الزيدي ، والمذهب الاباضي ، وبين مناهجها باختصار .

خلاصة رأيه الأخذ بجميع المذاهب بشرط أن تكون الأحكام المأخوذة من أي مذهب تستند الى دليل من الأدلة المحددة في علم أصول الفقه . هذا الرأي سليم ووجيه لأنه لا يتناقض أبدا مع الشريعة من الناحية العلمية الصرفة اذ تطبق أحكامها حسب أصولها ، ولا تخضع في الاختيار من فقهها للعقل المجرد أو للمعايير البعيدة عنها والغريبة عن أسسها العلمية .

لكن يبدو أن المعيار الذي اقترحه الأستاذ العطار لا يمكن الاعتماد عليه وحده ، في تحقيق نتيجة مرضية وهي تطبيق الفقه تطبيقا سليما ، فقد اعتمد على نظرية المصادر وحدها وهي لا تكفي بسبب عدم اتفاق جميع المذاهب على حد أدنى من المصادر يمكن الاعتماد والبناء عليه ، والحد الأدنى المقصود هي المصادر الأصلية ، الكتاب والسنة والاجماع والقياس فلو كانت جميع المذاهب متفقة على هذه المصادر لأمكن القول به ، ولكننا نجد الخلاف شمل جميع المصادر تقريبا ، باستثناء الكتاب الذي اتفق عليه الجميع ، أما الباقي اختلفوا فيه كثيرا فالسنة اختلفوا في معناها كما رأينا من قبل ، وقد رأينا مدى هذا الخلاف ، وكذلك في الاجماع هناك خلاف ، بعض المذاهب أخذت بمعنى خاص غير المأخوذ به من طرف الأكثرية كالمذهب الجعفري ، وخالفه في القياس أيضا ، وشاركه في ذلك المذهب الظاهري ، الى آخر الأدلة التي وقف عليها هو شخصيا ، عندما عرض مصادر كل مذهب وهذا الخلاف يعود لأسباب علمية وسياسية ، وكانت هذه الأسباب أساسا لنشأة المذاهب المختلفة ، ويبدو أن التعرض لهذه

الأسباب بإيجاز ربما كشف لنا الحقيقة وبالتالي أمكن معرفة ما يكمن هذه الفكرة .

لذا سنتعرض لهـذه الأسباب في مبحثين :

المبحث الأول : الأسباب العلمية ، ونقتصر هنا على الاتجاهات الفقهية التي قامت على أساس علمي .

المبحث الثاني : الأسباب السياسية ، وأثرها في المنحى الفقهي لدى المذاهب التي قامت على هذا الأساس .

المبحث الأول

الأسباب العلمية

بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم وقعت حوادث وظهرت نوازل جديدة لم تكن معروفة من قبل، وليست لها أحكاما خاصة بها ، وبدأ الاجتهاد بمعناه الأصولي (1) ، لمواجهة هذه الحوادث والنوازل ، ومعرفة أحكام الشرع فيها ، لأن الوحي كما سبقت الاشارة في مكان سابق لم يفصل في كل شيء ، وانما فصل الأحكام المتعلقة بالعقيدة وبكيان المجتمع ، ومالا يتعلق بهذه الموضوعات فقد اكتفى بشأنه بقواعد عامة تسعف كل بيئة ومكان وزمان ، وتتسع لكل الحاجات بهذا حقق مصالح العباد ، وما يعبر عنه بأن الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ، وهو قول في محله برهن الواقع وتطور الانسانية على صحته (2) .

من هنا ظهرت الحاجة الى الاجتهاد وموضعه أو مجاله ، وعبر عنه الشهرستاني بقوله (ان الحوادث والوقائع غير متناهية ، والنصوص متناهية ، ومالا يتناهى لايضبطه مايتناهى علم قطعا . ان الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد (3)) .

---

1) عرف الأصليون الاجتهاد بأنه" بذل الوسع في نيل حكم شرعي عملي بطريق الاستنباط ، هذا المعنى متفق عليه تقريبا وان كان الاختلاف في التعبير" .الشوكاني / المرجع السابق/ ص249 . الآمدي المرجع السابق/ ج4/ ص218 ومابعدها .ابن حزم/ الأحكام/ ج8/ ص133ومابعدها . السالمي المرجع السابق/ ج2/ ص274 .

(وقع الاجتهاد في حياة الرسول صلى الله عليه وسلم فقد اجتهد هو واجتهد الصحابة واختلف بشأن الاجتهاد التي تم في هذه الفترة وسبب الاختلاف أن المصدر في هذه الفترة كان الوحي الذي أقر الرسول على اجتهاده في بعض الحالات ولم يقره في البعض الاخر وبين له الوجه الصحيح ، لكن المتفق عليه ان الاجتهاد الحقيقي بدأ بعد وفاته صلى الله عليه وسلم/ راجع نادية شريف العمري / المرجع السابق . وكتب الأصول الاخرى .

2) تأخذ الدول في العصر الحديث بنظام اللامركزية ، بنوعيه السياسي والاداري وتأخذ بالنوع الأول ، الدول المركبة كالولايات المتحدة الأمريكية ويوغسلافيا والاتحاد السوفياتي ويظهر تطبيق هذا النظام في الاتحاد السوفياتي أكثر من غيره بسبب تعدد واختلاف الشعوب التي يتكون منها ويجري العمل فيه من الناحية التشريعية بكيفية خاصة تتفق مع وضعيته اذ يأخذ بنظامين في التشريع التشريع الاتحادي الذي يحكم كافة الاتحاد وهذا النوع يقتصر فيه غالبا عن بيان المبادئ العامة دون تفصيل ، أما التشريع المحلي الذي تضعه السلطات المحلية لكل جمهورية فانه يفصل وفق حاجات ووقائع الجمهورية ، بشرط الا يخرج عن المبادئ الاتحادية ، من هذه التشريعات

هذا مافهمه الصحابة رضوان الله عليهم عندما واجهوا الحوادث التي نزلت بعد وفـــاة الرسول صلى الله عليه وسلم ، اجتهدوا ، وتعددت الآراء في بعض القضايا التي عرضت لهم ، ومــن طرقهم في الاجتهاد نشأت المناهج التي نظمت بعدهم بمدة ليست بالطويلة ، وتعددت المذاهب بسبب ذلك الى جانب أسباب أخرى ، فجذور المذاهب تعود اذا الى فترة الصحابة ، وأحســن مايمثل هذه الفترة مرحلة الخلافة الراشدية ، ففي ظلها بدأ التفريع الفقهي ، وفي عهد الراشدين واجه المسلمون أهم الحوادث والمشاكل ، فقد واجهوا مشكلة الخلافة والردة والفتح ، وأخـــيرا تم ماقسم المسلمين النزاع حول الخلافة وظهور الأحزاب السياسية المختلفة .

لذا سنتعرض للأسباب العامية في فرعين ، الفرع الأول الاجتهاد في فترة الخلافـــة الراشدية عن طريق عرض منهج الصحابة حول أهم القضايا التي عرضت لهم في هذه الفترة ، وفــي الفرع الثاني آثار هذا الاجتهاد بعد الفترة الراشدية الى حين ظهور المذاهب الجماعية، المالكي والحنفي وغيرها .

الفـــرع الأول : الاجتهاد في عصر الراشدين وأسباب اختلافهم

(1)
بين الرسول للصحابة الاجتهاد بمعناه الاصطلاحي ، حينما ذكره معاذ بن جبل وأقــره الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهو القضاء بما في كتاب الله ، فان لم يكن في كتاب الله حكما ، فبسنة

التشريع المدني الصادر في سنة 1962 والمسمى بأسس القانون المدني السوفياتي احتوى على حوالي سبعين مادة وبلغت مواد هذا القانون في احدى الجمهوريات حوالي خمسمائة مادة .
أبو الفتح محمد بن عبد الكريم / الشهرستاني/ الملل والنحل / تحقيق محمد سيد كيلاني/ مطبعة الحلبي القاهرة 1967م/ جـ 1/ ص199 .

الصحابي عند الاصوليين : مسلم طالت صحبته للنبي متبعا اياه بدون تحديد قيل 6 أشهر وقيل سنة أو غزوة وقيل من لازم الرسول زمنا حتى عرف بالفقه والنظر وتعرف هذه الصحبة بالتواتر والاستفاضة . أما عند المحدثين ، الصحابي هو من لقي النبي ومات على اسلامه ولو تخللت ذلك ردة سواء كان الاسلام بعد الردة في حياته صلى الله عليه وسلم أو بعد موته كالأشعث بن قيس أسلم في حياة الرسول ثم ارتد بعد وفاته فأسر في خلافة أبي بكر ثم أسلم . ابن حزم لم يفصل بين المعنيين مع أنه أصولي . فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت . مطبوع مع المستصفى للغزالي / طبعة بغداد ، 1970/ جـ 2/ ص158 . ابن حزم/ الاحكام / جـ5/ ص89 . أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني الاصابة في تمييز الصحابة / مكتبة المتنبي / بغداد / مجلد 1 / ص7 .

رسوله ، فان لم يوجد فيها حكما الاجتهاد بالرأي .(1)

طبق الصحابة هذا المنهج ، عند ما عرضت لهم أول مشكلة بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم وفي كل القضايا التي عرضت لهم ، واجتهدوا فيها جماعيا أحيانا ، وفرادى في أحيان كثيرة ، ومن تطبيقاتهم ظهرت أسباب الاختلاف التي كانت محدودة ثم اتسعت بعد ذلك الى أن اكتمل الفقه بظهور المذاهب .

وسنعرض أهم القضايا التي اجتهدوا فيها بالطريقتين ، الجماعية والفردية حسب فروع القانون المختلفة ، وحسب الامكان ، ونبدأ بالقانون العام بمفهومنا وليس بالمفهوم الاسلامي ، لأن الشريعة الاسلامية لا تعرف التفرقة بين قواعدها فهي شريعة واحدة وكذلك طبيعة القواعد .

الخلافة :

كانت خلافة الرسول صلى الله عليه وسلم أول قضية واجهت الصحابة بعد وفاته واجتهدوا فيها ، واختلفوا ، فقد رأى الأنصار أنهم أولى بها من المهاجرين ، فيما رأى المهاجرون أنهم(2)

---

(1) ابن القيم الجوزي / اعلام الموقعين عن رب العالمين / تحقيق عبد الرحمن الوكيل / دار الكتب الحديثة / القاهرة 1969 / جـ1/ ص220 ومابعدها . نادية شريف العمري/ المرجع السابق/ ص326 .

(2) تفاصيل الموضوع / محمد بن جرير الطبري/ تاريخ الأمم والملوك/ دار القاموس الحديث / بيروت بدون تاريخ ، ولاعدد الطبعة، ولا تحقيق/ جـ3 / ص99 . ومابعدها ، علي بن أبي عبد الكريم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني / المعروف بابن الاثير / الكامل في التاريخ دار الكتاب العربي / بيروت / ط2 / 1967/ جـ2/ ص221 ومابعدها ، عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري / الامامة والسياسة / تحقيق طه محمد الزيني / مؤسسة الحلبي / القاهرة / ط1 جـ1/ ص21 ومابعدها . ونعرض خلاصة تعيين الخلفاء الأربعة ، لان تعيين كل واحد منهم يعتبر اجتهادا في الحقيقة . اما توفي الرسول اجتمع الانصار في سقيفة بني ساعدة ، واتفقوا على سعد بن عبادة الانصاري ، فاستدركهم أبو بكر وعمر بن الخطاب ، وأبو عبيدة ، فاقترح الانصار أن تكون الخلافة ثنائية ، أمير من الانصار وأمير من المهاجرين ، واحتدم النقاش ، واستدل أبو بكر بأولوية قريش ، سواء من القرآن أو السنة ، أو الناحية الاجتماعية بالنظر الى مكانة قريش عند العرب آنذاك ، وانتهى النقاش الى النتيجة التي أشرنا اليها ، فبايعوا أبا بكر وبايعه بقية المسلمين بعد ذلك في المسجد عن رغبة بإستثناء نفر يسير ، منهم أبو سفيان ابن حرب ، وبعض بني هاشم منهم علي بن أبي طالب لانه كان مشغولا بما أمره به النبي من تجهيزه ودفنه ، وبايعه بعد ذلك واختلف في مدة ذلك ، وسببه ، وسنشير الى هذا في مكان لاحق . عين الخليفة بالاختيار لا بالنص ، وفي آخر عهده بالدنيا عهد بالخلافة الى عمر بن الخطاب حرصا منه على مصلحة المسلمين ، وقد نقل أنه لما اشتد به المرض دعا عثمان بن عفان وقال له أكتب (بسم الله الرحمن

أحق بها ، واستند كل فريق الى حجج من القرآن والسنة ، وانتهى هذا الاختلاف بمبايعة أبي بكر الصديق ، بعد أن ذكرهم بما روي عن الرسول ، بأن الائمة من قريش ، وعند ما رفض كل من عمر بن الخطاب وأبو عبيدة بن الجراح التقدم عليه ، واستدلا على أحقيته وأولويته بما هو معلوم من الكتاب والسنة والقياس من القرآن ، الآية نزلت في حقه عند ما هاجر مع الرسول، ومن السنة مثل الصحابة الأوائل، وردت أحاديث في شأنهم ، ومن القياس تقديم الرسول له بامامة المسلمين في مرضه .(1)

الرحيم ، هذا ماعهد أبو بكر الصديق بن أبي قحافة في آخر عهده بالدنيا خارجا منها ، وعند أول عهده بالاخرة داخلا فيها ، حيث يؤمن الكافر ويوقن الفاجر ويصدق الكاذب ، اني استخلف عليكم بعدي عمر بن الخطاب ، فاسمعوا له وأطيعوا واني لم آل الله ورسوله ودينه ، ونفسي واياكم الاخير ، فان عدل فذلك ظني به وعلمي فيه ، وان بدل فلكل امرئ مااكتسب والخير أردت ولا أعلم الغيب والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته ، ثم أمر بالكتاب فختم ، وخرج به عثمان بن عفان مختوما ، فقال للناس اتبايعون لمن في هذا الكتاب ، قالوا نعم ، فبايعوا ثم دعا أبو بكر عمر خاليا فأوصاه ثم خرج ، فرفع أبو كبر يديه وقال اللهم اني لم أرد الا صلاحهم وخفت عليهم الفتنة واجتهدت لهم رأي فوليت عليهم خيرهم ، وأحرصهم على ما أرشدهم ، وقد حضرني من أمرك ماحضر فاخلفني فيهم فهم عبادك ، فعهد أبو بكر لعمر اجتهاد منه لا عن نص ، وانما تحقيقا لمصلحة المسلمين ، فقد أجاز الصحابة هذا العهد وأرجبوا على أنفسهم به طاعة عمر .

عند ما طعن عمر بن الخطاب طلب منه الصحابة أن يستخلف ، قال ان استخلف فقد استخلف من هو خير مني ، وان أترك فقد ترك من هو خير مني ولن يضيع الله دينه ، وطلبوا منه مرة أخرى ، فقال عليكم بهؤلاء الرهط الذين مات رسول الله وهو عنهم راضي وقال فيهم أنهم من أهل الجنة ، علي بن أبي طالب ، وعثمان بن عفان وسعد بن أبي وقاص ، وعبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام ، وطلحة بن عبيد الله ، وعبد الله بن عمر ، على الا يكون لعبد الله بن عمر شيء ، وحدد لهم كيفية الاختيار في حالة الاختلاف ، وهؤلاء الستة المبشرين بالجنة ، ولم يذكر السابع ، وهو سعيد بن زيد بن عمر بن نفيل الذي استبعده عمر لقرابته منه ، فهو ابن ابن عم عمر ، وابنه عبد الله عينه حكما فقط وليس كمرشح . اجتمع النفر الذين عينهم عمر باستثناء طلحة فانه كان غائبا فخلع عبد الرحمن بن عوف نفسه فرضوا بذلك ، وفوضوه أن يختار قضى مدة الاختيار التي حددها عمر قبل وفاته التشاور فكان البعض يشير بعلي والبعض الاخر يشير بعثمان انحصر الامر بين هذين دعا عليا ، وقال له عليك عهد الله وميثاقه لتعملن بكتاب الله وسنة رسوله وسيرة الخليفتين من بعده ، قال علي أرجوا أن أفعل ذلك وأعمل بمبلغ علمي وطاقتي ثم دعا عثمان وأعاد عليه ماقال لعلي فقال : نعم بدون زيادة ولا تحفظ فآثره لذلك ، وبايعه في المسجد بحضرة بقية أصحابه ، ومن حضر من المهاجرين والانصار .
تولى عثمان الخلافة ووجهت اليه تهما في الفترة الاخيرة من خلافته ، أهمها توليته لاقاربه فلم يتسع البعض هذا كما عمد أعداء الاسلام والمسلمين على تأجيج نار الفتنة وانتهت بقتله ، بعد مقتله بويع علي بن أبي طالب وسط تلك الفوضى التي كانت سائدة ، ولم يستقم له الامر كما يجب ، الا أن مات مقتولا هو كذلك ، سنتعرض لهذا في مكان لاحق . راجع في هذا المراجع السابقة/ الطبري ابن الاثير . ابن قتيبة .

1) صحيح مسلم/ بشرح النووي/ دار الفكرة المطباعة / جـ 15/ حيث ورد الاحاديث التي وردت في الصحابة كأبي بكر ، وعمر وعثمان وعلي .. وغيرهم .

سبب الاختلاف ، هو عدم وجود نص قاطع يوضح ويحدد كيفية ومن يتولى الخلافة .

لقد كانت الخلافة مشكلة فعلا ، لأن التشريع لم يتعرض لها ، لا في الكتاب ولا في السنة ولم يكن الأمر يقتصر على تعيين من يتولى الخلافة بل يقتضي تحديد الشروط الواجب توافرها في الذي يتولى هذا المنصب ، والمهام الموكولة اليه ، وحدود طاعة الأئمة له .

اختلف الصحابة في شأن الخلافة ، وكان ذلك أول خلاف حدث بينهم ، ولكنهم تجاوزوه بسرعة بسبب قوة إيمانهم جميعا ، وكانت أول قضية استعملوا فيها الرأي بمعناه الواسع ، القياس والمصلحة ، وانتهوا الى تقرير عدة أحكام :

1) ضرورة تنصيب الامام ليقوم بادارة أمور المسلمين الدينية والمدنية، وفقا لأحكام الشرع (1) وهذا ما اتفقت عليه كل طوائف الأمة الاسلامية ، وأخذت به ، باستثناء رأي منسوب لاحدى فرق الخوارج . (2)

2) اختيار أفضل المسلمين لتولي المنصب بمعايير ذلك الوقت ، ولكن هذا المعيار نازعت فيه الشيعة ، فقد رأت أنه أهمل ، لأن أفضل الناس في نظرها هو علي بن أبي طالب ، وللزيدية (3) رأي وسط ، حسبما نرى فيما بعد .

3) الخلافة بالتعيين من قريش دون تحديد أسرة معينة ، ولكن هذا اختلف فيه من بعد (4) وللفرق المختلفة آراء في هذا ، فالجمهور أخذ به ولم ينكره ، أما الخوارج فقد رفضوا الاخذ به لأن الحديث الذي رواه أبو بكر حديث آحاد .

4) مبايعة أهل المدينة وحدها تثبت الخلافة ، ولكن هذا الشرط خولف ونوزع فيه ، وكان المنازعين فيه معاوية بن أبي سفيان ، الذي استند في منازعته لعلي، ان بيعته اقتصرت على من حضرها من المسلمين في المدينة ، وهذا لايكفي بل يجب أن تبايع كافة الأمصار . (5)

---

(1) الشيخ أبو زهرة / تاريخ المذاهب الاسلامية / دار الفكر العربي / القاهرة/ ج1/ ص24 وما بعدها
(2) صلاح الدين ديوس/ المرجع السابق .
(3) ابن حزم / الفصل في الملل والاهواء والنحل / تحقيق محمد ابراهيم نصر وآخرون/ شركة عكاظ / السعودية / ط1 / 1982/ ج5/ ص12 . الشهرستاني / المرجع السابق/ ج1/ ص22 وما بعدها .
(4) انظر صحيح مسلم/ المرجع السابق/ في فضائل الصحابة . وابن حزم/ المرجع السابق/ حيث عرض للفضل والمفاضلة بين الصحابة .
(5) ابن حزم المرجع السابق/ ج5/ ص13 . ابن ابي الحديد / شرح نهج البلاغة/ تحقيق حسن تميم/ مكتبة الحياة بيروت/ 1964/ المجلد 4/ ص217 . حيث عرض مناقشات الفرق بعد ذلك حول أفضلية علي وأبوبكر . أبو زهرة / المرجع السابق/ ص97 ، 98 .

5) جواز ولاية العهد يتولاها الخليفة ويختار أفضل الناس في نظره ، ومبايعة المسلمون الى جانب ذلك العهد ، وقد اتخذ هذا العهد سندا للعهد للأقارب ، دون مراعاة شـرط الأفضليـة (1) .

هذه بعض الأحكام التي انتهى اليها اجتهاد الصحابة لم تقرر بعد وفاة الرسول مباشرة وقبل تعيين أول خليفة وانما تقررت عمليا مدة ولاياتهم .

هذه الأحكام لا تختلف كثيرا عما تقرره الدساتير الحديثة ، ولكن للأسف تعطل العمـل بها بعد مقتل عثمان ، وتنازع المسلمين حولها ، وانتهى هذا النزاع الى تحول الخلافة مـن مسألة فرعية الى قضية أصولية عند بعض الأحزاب السياسية ، وما أدت اليه من استقلال هذا الحزب باتجاهه الفقهي الذي خالف جمهور المسلمين في بعض الأحكام المهمة ، علاوة على مخالفتهم فـي معاني بعض أصول أو مصادر الفقه .

لم يكد المسلمون ينتهون من تعيين الخليفة ، حتى واجهتهم مشكلة الردة (2) ، فقد امتنعت بعض القبائل العربية عن أداء الزكاة بينما استمرت في اقامة الصلاة ، النصوص لم تتعرض لمثل هـذه الحالة ، فلجأ الصحابة الى الرأي . رأى أبو بكر قتالهم ، ورأى بعضهم كعمر (رضي الله عنه) عكس ذلك فقد اعتبرهم أبو بكر مرتدين تجب محاربتهم ، وعمر رأى أنهم مسلمون ، فيتركون وشأنهـم ولا يقاتلون قتال الكفر ، استنادا الى حديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، "قاتل الناس حـتى يشهدوا أ لا اله الا الله وأن محمد رسول الله ، فاذا فعلوا ذلك فقد منعوا منك دمائهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله" (3). أصر أبو بكر على موقفه أي قتالهم ، وقال قوله المشهور والله لـو منعوني عقالا مما أعطوا رسول الله لقاتلتهم عليه ، وهمّ بالمضي بنفسه الى قتالهم وحده ، فوافقـه

1) ابن خلدون / المقدمة / طبعة لجنة البيان العربي باشراف عبد الواحد وافي ، وهي طبعة غير الطبعة التي أشرنا اليها في الفصل الأول / ص 718-721 أبو زهرة / المرجع السابق / ص 91 . الحجوي / المرجع السابق / جـ2 ص 5 وما بعدها .
2) الطبري / المرجع السابق / جـ3 / ص 213 وما بعدها . ابن الأثير / المرجع السابق / جـ2 / ص 228 .
3) صحيح مسلم / جـ15 / ص 177 .

ا نشير الى هذا في مكان لاحق ، كما تدل على أن اللغة وحدها لا تكفي كما أشرنا ، وقد ذهب الأستاذ أحمد أمين الى هذا ، خلافا لرأي ابن خلدون الذي ذهب الى أن السلف لم يكونوا يحتاجون الى علم أصول الفقه ، لأن القرآن نزل بالعربية ، فكانوا يفهمونه كلهم ويعلمون معانيه ومفرداته (1) ، والحقيقة المسلم بها عند العلماء ، ان اللغة لا تكفي وحدها ، وانما يجب توافر معرفة أسباب التنزيل ، والناسخ ، والمنسوخ ، وعادات العرب في تلك الفترة ، ومعرفة السنة ، فرأى أحمد أمين هو الاصح فيما يظهر ، لانه لو كانت اللغة وحدها كافية لكان مذهب الخوارج في بداية ظهوره أفضل المذاهب ، لانهم كانوا عربا اقحاحا ، ومن أفصح الناس (2) .

الاختلاف بسبب السنة .

لم تدون السنة أيام الرسول صلى الله عليه وسلم لنهيه عن ذلك ، وقال لهم لا تكتبوا عني غير القرآن (3) ، والنهي لم يكن مطلقا وانما اقتصر على كتابة السنة ، ووضعها مع القرآن ، لئلا تختلط به ، وأما من أراد أن يكتب لنفسه وآمن من الاختلاط ، فانه لم يمنعه ، فقد روى أن عبد الله بن عمرو بن العاص ، كان يكتب السنة ، وذكر أنه سأل النبي هل يكتب كل ما يسمع منه ، فقال نعم لا أقول الا حقا ، وقال في حجة الوداع اكتبوا لأبي شاه (4) .

واستمر النهي عن كتابتها بعده حتى لا تختلط بالقرآن ، وتأثر اجتهاد الصحابة بذلك ، لأن السنة بعضها ظاهر مكشوف ، قول أو فعل بحضور جمع غفير من الصحابة كالصلاة وكيفياتها ، وعدد ركعاتها ، وكالحج وشعائره ، ومنها ما قاله الرسول ، أو فعله ، أو حدث أمامه فأقره أو نهى عنه بحضور واحد أو اثنين فاقتصرت معرفته على من حضر ، وهذا أكثر في القولية .

---

(1) أحمد أمين/ فجر الاسلام / ص 199 .
(2) ابن خلدون/ المقدمة / ص 1164 .
(3) الحجوى/ المرجع السابق / ج 1/ ص 39، 40 . أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص 208، 209 الشاطبي / الموافقات / ج 1/ ص 352 .
(4) ابن سعد / الطبقات الكبرى/ دار صادر / دار بيروت/ بدون تحقيق/ ط 1/ 1957/ ج 2/ ص 376 ، سيرة عبد الله بن عمر بن العاص .

من هنا نشأ اختلاف الصحابة باختلاف نصيبهم في معرفة السنة ، تبعا لمدى علاقتهم بالرسول ، اذ كان بعضهم يلازمه باستمرار وروى الكثير منها ، ومنهم من لايلازمه لسبب أو لآخر فقل مارواه تبعا لذلك وقلت معرفته بأسبابها كذلك . واختلاف الاجتهاد بسبب السنة يتمثل في :

1) ان تعرض لأحدهم مسألة وفيها نص ، فيجتهد برأيه ثم يظهر النص ، فأحيانا يوافق رأيه وأحيانا يخالفه من ذلك ماذكر أن ابن مسعود سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ولم يدخل بها حتى مات ، فقال ابن مسعود لها مثل صداق نسائها لا وكس ولا شطط ، وعليها العدة ، ولها الميراث ، فقام معقل بن سنان الأشجعي فقال : قضى الرسول صلى الله عليه وسلم في شأن امرأة منا مثل ماقضيت ففرح ابن مسعود بذلك .

وعرضت لأبي موسى الأشعري مسألة في الميراث ، والورثة ابنة ، وابنة ابن ، وأخت فقال للابنة النصف وللأخت النصف ، وأما ابن مسعود فسيتابعني ، فسئل ابن مسعود ، وأخبر بقول أبو موسى ، فقال : لقد ضللت اذا وما أنا من المهتدين ، أقضي فيها بما قضى رسول الله للابنة النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ، ومابقي فللأخت ، وقد رجع أبو موسى لفتوى ابن مسعود وقال لاتسألوني مادام هذا الحبر فيكم . (1)

أو أن يرى الصحابة الرسول فعل فعلا ، فيحمله البعض على القربة ، ويحمله البعض على الاتفاق ، كالرمل في الطواف ، فذهب ابن عباس الى أن الرسول فعله على سبيل الاتفاق وليس على أساس أنه سنة ، وقال غيره أنه سنة أو تختلف وجهة نظرهم في فعل الرسول ، كما حصل في حجة ، فذهب بعضهم الى أنه كان قارنا ، وبعضهم الى أنه كان متمتعا ، وبعضهم الى أنه كان مفردا . (2)

أو أن يبلغ الحديث الصحابي ، ولكنه يقع في نفسه أن راوي الحديث قد وهم فلا يعتد به الا بعد التأكد والاستيثاق ، من ذلك ماذكر أن أبا بكر الصديق جاءته جدة تسأله نصيبها في تركة حفيدها

---

1) نادية شريف العمري / المرجع السابق / ص 227 ، 228 . ابن حزم / المرجع السابق / جـ2 / ص 127 الحجوي / المرجع السابق / جـ2 / ص 42 .

2) ابن القيم / زاد المعاد / جـ1 / ص 187 ومابعدها وفيه عدد هام من أقضية الرسول واحكامه القضائية / الحجوي المرجع السابق جـ2 / ص 62 .

بآرائهم ، والرأي في الحقيقة هو محل الخلاف أو سببه الرئيسي سواء عند الصحابة أو بعد هم عند ما تكونت المذاهب . ففي فترة الوحي ثبت أن الصحابة اجتهدوا في عصر الرسول بالرأي صوبهم في بعض الحالات ، وبين لهم الخطأ في البعض الآخر ،(1) وحديث معاذ بن جبل دليل على جواز الاجتهاد برأيه تحرجا من الخطأ فيما كان بعضهم يأخذ به ويجتهد برأيه ، مع التأكد على أن مايقوله ليس عين الصواب ، وانما هو محاولة قد يظهر الخطأ فيها ، وحدث أن ظهر الخطأ فتراجع الصحابي الذي اجتهد عن رأيه ، كما حدث مع أبي موسى الاشعري الذي اجتهد برأيه ، وظهر أنه مخالف لنص كان عند ابن مسعود ، وفي الحالات الاخرى ، كان المجتهد يصرح بأن هذا رأيه فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنه ومن الشيطان . وبعد ما تكونت المذاهب اختلفت في ذلك فالبعض ينكره بتاتا ، والبعض الآخر ينكر بعض صوره ، كالقياس الذي ينكره كل من الظاهرية والامامية مع اختلاف في الدافع الى ذلك .

والثابت أن الصحابة كانوا يجتهدون بآرائهم ،(2) وكان هذا الاجتهاد يأخذ صورة القياس ، كما في حكم الشرب ، وكما في حكم قتل الجماعة بالفرد ، فقد عرضت لعمر رضي الله عنه قضية قتيل اشترك في قتله أكثر من واحد ، فشك عمر وتريث في الحكم كعادته حتى قال علي بن أبي طالب يا أمير المؤمنين ، أرأيت لو أن نفرا اشتركوا في سرقة جزور ، فأخذ هذا عضوا وهذا عضوا أكنت قاطعهم قال نعم ؟ فكتب بعدئذ الى واليه باليمن ، ان اقتلهما ، فلو اشترك فيه أهل صنعاء كلهم لقتلتهم .(3)

وفي حد الشرب ذكرت عدة روايات اتفقت على أن علي بن أبي طالب هو الذي قاس حد الشرب على حد القذف ، ولكن المناسبة اختلف فيها نذكر واحدة منها ، وهي كافية لبيان مانحن

1) ابن حزم / المرجع السابق/ ج6/ ص84 ، 85 . نادية شريف العمري / المرجع السابق . حيث تناولت الموضوع بعد أن عرضت لاجتهاد الرسول .
2) ابن القيم/ اعلام الموقعين/ ج1/ حيث عرف الرأي بأنه مايراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الامارات/ ص79 ومابعدها حيث عرض الآراء المختلفة التي تذم الرأي ، والآراء التي تمدح وقسم بين أنواع الرأي وقد استغرق هذا كله هذا الجزء تقريبا . محمد أبوزهرة . الامام زيد / ص 173 ، 174 . الامام جعفر الصادق/ ص173 نفس المعنى الذي في المرجع السابق ، ونفس المعنى في موسوعة الفقه الاسلامي . طه جابر . فياض العلواني الرأي والاحتجاج به ، بحث قدم للملتقى 17 للفكر الاسلامي . ولابن حزم كلاما كثيرا في كتابه / الاحكام يصعب حصره في موضوع معين .
3) ابن القيم/ اعلام الموقعين/ ج1/ ص234 . نادية شريف العمري / المرجع السابق/ ص293 ، الى 295

بعدده ، أي استعمال القياس وكيفيته ، نقل ابن القيم عن الثوري ، أن وبرة الصلتي بعثه خالد ابن الوليد الى عمر بن الخطاب فأتاه ، وعنده علي وطلحة والزبير وعبد الرحمن بن عوف ، وأبلغه رسالة خالد ، وفحواها أن الناس انبسطوا في الخمر وتحاقروا العقوبة فما ترى؟ فقال له عمر ، هؤلاء عندك أي الصحابة ، فقال علي أراه اذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، وعلى المفتري ثمانون جلدة فاجتمعوا على ذلك ، فقال عمر بلغ صاحبك ما قالوا ، فضرب خالد ثمانين ، وكان عمر اذا أتى بالرجل القوي المنهمك في الشراب ضربه ثمانين ، واذا أتى بالرجل الذي كان منه الزلة الضعيف ضربه أربعين ، وجعل ذلك عثمان أربعين وثمانين (1). أو الرأي المجرد الذي لا يعتمد على نص معين والقياس عليه ، وانما اعتمادا على روح الشريعة ومقاصدها العامة ، كاجتهاد أبي بكر في العهد الى عمر ، هذا الرأي لا أساس الا مصلحة المسلمين (2) ، وكذلك اجتهاد عمر رضي الله عنه في منع نصيب المؤلفة قلوبهم المنصوص عليها في الآية الكريمة (انما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم وفي الرقاب ...) (3) ، فالمؤلفة قلوبهم احدى الجهات التي تصرف فيها الصدقات ، وقد ثبت أن الرسول كان يعطي بعض الناس يتألف قلوبهم للاسلام ، وكذلك أبو بكر فأوقف عمر ذلك ، ومزق الكتاب الذي أعطى به أبو بكر الاقرع بن حابس وعيينة بن حصين أرضا وقال ان الله أعز الاسلام ، وأغنى عنكم ، فان تبتم عليه ، والا بيننا وبينكم السيف (4) .

ورأيه في عدم قسمة الأراضي على الفاتحين ، فقد بين الله سبحانه وتعالى الحكم في شأن الغنائم ، وهي ما يستولي عليه المسلمون من أموال بسبب انتصارهم على غير المسلمين في الحرب في الآية الكريمة (5) (واعلموا انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين

---

1) ابن القيم/ المرجع السابق/ ص 232 . ابن حزم/ الأحكام/ ج4/ ص 256 الى 258 . ولما كان هو ينكر القياس فقد ذهب الى الزيادة الى حد الثمانين ، هو تعزيزا ، وان الحد الاصلي المروي عن الرسول أربعين فقط ، وليس هناك تعارض كبير بين رأي ورأي ابن القيم ، فالمهم هو كيفية القياس ، تناول هذه المسألة الشاطبي / الاعتصام / ج 2 .

2) سبق عرض رأيه / ص 5 .   3) سورة التوبة/ الآية 60 .

4) ابن القيم/زاد المعاد/ ج2/ ص 133 . أحمد أمين/ فجر الاسلام / ص 229 . نادية شريف العمري المرجع السابق/ ص 270 ومابعدها .

5) سورة الانفال / الآية 40 .

وبين الرسول بسنته العملية ، ان مايبقى بعد الخمس يوزع على الغزاة ، كان هذا الحكم يطبق بانتظام في حياة الرسول في الأموال المنقولة ، ولم يرد مايقطع بدخول العقارات تحت هذا الحكم (1)

فلما تم فتح العراق وغيرها طالب أمراء الجيوش بقسمة الأراضي التي أفاءها الله عليهم بسيوفهم فلم يرض عمر ذلك ورأى أن تبقى بأيدي أهلها ويكتفي بتوظيف الخراج ـ ضريبة الأراضي الزراعية ـ ليكون موردا ماليا مستديما يصرف منه على مصالح المسلمين العامة ، فعارض أمراء الجيوش ذلك وقالوا تقف ما أفاء الله علينا بأسيافنا على قوم لم يحضروا ولم يشهدوا لأبنائهم ولأبناء أبنائهم ، ولما احتدم الخلاف بينه وبين أمراء الجيوش استشار عشرة من المهاجرين الأولين ، فاختلفوا فيما بينهم فحكم بينه وبينهم عشرة من كبار الأنصار ، وكان من ضمن ما احتج به الآيات القرآنية (ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ، كي لايكون دولة من الأغنياء منكم) (2) ، وغيرها أضاف اليه رأيه ، وخلاصته أنه لم يبق شئ يفتح بعد أرض كسرى وقد رأيت بعد صرف الخمس في وجوهه أن أحبس الأرض بعلوجها ـ من يعملون فيها ـ وأضع عليهم الخراج ، وفي رقابهم الجزية يؤدونها فتكون فيئا المسلمين الحاضرين ولمن يأتي بعدهم أرأيتم هذه الثغور لابد لها من رجال يلزمونها ، أرأيتم هذه المدن العظيمة كالشام والجزيرة ، والكوفة والبصرة ومصر لابد لها أن تشحن بالجيوش وادرار العطاء عليهم ، فمن أين يعطي هؤلاء ، اذا قسمت الأرضين والعلوج ، فوافق المحكمون على رأيه ، وأذعن مخالفوه عند ئذ وجه منذ وبين من قبله مسحوا أرض سواد العراق ، وقدر الخراج بمقادير مختلفة حسب نوع الزرع فبلغت قيمة الخراج في عهده مائة مليون درهما ، هذا الى جانب العشور ، الرسوم الجمركية ، التي استشار فيها الصحابة فوافقوه عليه ، وان كان اشكل عليهم في البداية ، هل يحق لهم أخذه من المجوس ، حتى روى لهم عبد الرحمن بن عوف حديثا يبيح ذلك ، فسمح لهم بالدخول الى الدولة الاسلامية

---

1) ابن القيم/ زاد المعاد/ ج2/ ص69 . الطبري / المرجع السابق/ في فتح مكة . الأموال التي نصت عليها الآية السابقة هي الزكاة ، وهي قدر معلوم يؤخذ ممن توفرت فيه الشروط حسبما هو مفصل في كتب الفقه . الغنائم ما أخذه المسلمون عنوة في الحرب . الفئ ما تركه غير المسلمين بغير قتال . وتقسيم الأرض مختلف فيه ، لأن النبي قسم أراضي اليهود في المدينة ، وفي خيبر قسم جزء ولم يقسم الباقي وفدك لم يقسمها ، وفتح مكة ولم يقسمها . واختلف في عدم تقسيمها رد البعض ذلك الى أنها فتحت صلحا وقيل لمكانتها

2) سورة الحشر/ الآية 6 . والآيات التي بعدها استشهد بها عمر كذلك ، خاصة الآيات 7 . 8 . 9 . 10 .

للاتجار.(1)

ومما يذكر عنه في مجال الاجتهاد بالرأي ، أنه أسقط القطع عن السارق في عام المجاعة(2) وعرضت عليه قضية مشابهة في عام آخر ، وأوقف فيها اقامة الحد على غلمة سرقوا ناقة ، وقال والله لولا اني أعلم انكم تستعملونهم وتجيعونهم ، حتى أن أحدهم لو أكل ماحرم الله عليه حل له لقطعت أيديهم ، وقال لصاحب الغلمان ، وايم الله اذا لم أفعل لأغرمنك غرامة توجعك ، وغرمه ضعف ثمن الناقة .(3)

هذه أمثلة من الاجتهاد بالرأي التي اشتهرت وقد وصلت الى حد ترك تطبيق النصوص ، وهذا لايفهم على أنه الغاء لها ، فذلك مستحيل ، وانما هو نوع من التطبيق السليم للتشريع ينظر الى علل الأحكام ، فيطبق الحكم طالما كانت علته قائمة ، فاذا زالت العلة أوقف العمل بالنص الى حين ظهورها مرة أخرى فيطبق من جديد .

هكذا بدأ الاجتهاد ، وهذا مجاله الذي اقتصر على الفروع دون الأصول ، وقد شمل جميع فروع القانون تقريبا ، ويمكن أن نتعرف منه على أسس الاجتهاد الصحيح الذي سار عليه الصحابة في هذه الفترة والمتمثلة :

1) فتح باب الاجتهاد وتحديد مجاله ، وجواز الاختلاف فيه(4) ، كما بينوا الطريق السوي في طلب الحقيقة ، وان الاختلاف من أجل ذلك لايؤثر في الوحدة ، ولايشق صفوف الأمة ، وانما ينشط العقول ، ويحفز الهمم ، وبالتالي الوصول الى الحق .

2) بيانهم لمنهج الاجتهاد وتوضيحه ببيان الطرق الثلاثة التي سلكوها وهي :

1) الحجوي/ المرجع السابق/ ج2/ ص17 . 18 . 19 / . محمد الحسيني حنفي/ المرجع السابق/ ص71 . 72 . 73 . عبد الكريم زيدان/ المرجع السابق/ بهذا أظهر حكم أو أحكام مركز الأجانب في الدول الاسلامية فهؤلاء التجار سموا مستأمنين ، لكن اذا انقضت مدة السنة تحولوا الى ذميين ، وهذا يقابل مايعرف في القوانين الوضعية بمركز الأجانب .

2) ابن القيم/ أعلام الموقعين/ ج3/ ص8/ حيث بين الحكمة من تأخير اقامة الحد ودور المصلحة وأساس ذلك في السنة ، وبعض تطبيقات الصحابة .

3) ابن القيم/ المرجع السابق/ ص13 . هذه الرواية المشهورة نقلها أغلب المؤلفين ، ولكن ابن حزم أوردها مع اختلاف/ ابن حزم / الأحكام / ج2/ ص109 .

4) بين ابن حزم أسباب الاختلاف في هذه الفترة ، وخصص له فصلا ، عنونه بأسباب الاختلاف الواقع

أ ـ بيان النصوص وتفسيرها (1) .

ب ـ القياس على الأشباه والنظائر في الكتاب والسنة .

ج ـ استلهام روح الشريعة ومقاصدها العامة دون الاعتماد على نص معين أو قياس وهذا ما أطلق عليه فيما بعد المصالح (الرأي) .

3) ظهور مصدر جديد للتشريع ـ الاجماع الأصولي ـ وسبب ظهوره في هذه الفترة واضح ، ان الحكم كان قائما على الفقه ، ومن أحكام الفقه الشورى ، وكان الحكام هم الفقهاء يطبقونه في كل الأمور ، وفي التشريع خاصة ، اذ أعياهم العثور على حكم في الكتاب والسنة تبادلوا الرأي بكل حرية ، حتى ينتهوا الى رأي واحد ، وبذلك تحقق الاجماع ، وكانوا يحرصون عليه قدر الامكان لمزاياه العديدة ونبذ الانفراد بالرأي ، لذلك كان الخلفاء خاصة عمر بن الخطاب يحرص على استبقاء أهل الرأي في عاصمة الخلافة ولا يسمح لهم بمغادرتها الا باذنه وللضرورة وفي الحالات التي لا يتم فيها الاتفاق يتم التسليم ، ويتخلى أصحاب الآراء عن آرائهم ويأخذون بحكم الأكثرية ، وهذا لا يعتبر اجماعا ، وانما يبقى كفتوى ، هذا بالنسبة للمسائل العامة التي تتطلب أخذ رأي الجميع ، أما القضايا الأخرى ، فيفتي فيها كل صحابي على حدة ، وان كان مسلكهم عدم التسرع في الافتاء ، اذ يتم البحث عند الغير خاصة في القضايا ، أو النوازل التي لم يرد فيها نص ثابت جلي ، أو الحالات التي يكون الصحابي فيها على علم بالحكم يفتي فيها دون مراجعة الغير وبذلك ظهر مصدر جديد ، كما ذكرنا من قبل الاجماع وفتوى الصحابة .

أخيرا لقد كان الاجتهاد في هذه الفترة يتم دون أن يستند الى قواعد وضوابط موضوعة سلفا ، كما لو توضع المصطلحات (2) ، فقد كانت هذه المصطلحات مرعية ، وقواعد

في صدر هذه الأمة / ج2/ ص124 وما بعدها ، وفي الأخير أوجز هذه الأسباب وحصرها في عشرة أسباب / ص129 ، وهي نفس الأسباب التي ذكرها من تعرض لهذا الموضوع .

1) نادية شريف العمري/ المرجع السابق/ ص248 . سلام مدكور/ المرجع السابق/ ص72 . 78 . 79 . محمد الحسيني حنفي/ المرجع السابق/ ص74 . 75 . الحجوى/ المرجع السابق/ ج1/ ص45 . محمد يوسف / المرجع السابق/ ط2/ ص8 .

2) ابن خلدون/ المرجع السابق/ المقدمة/ ص1164 وما بعدها . أبو زهرة/ أصول الفقه/ أشرنا اليه في الباب الأول . عبد الوهاب خلاف/ المرجع السابق/ ص16 . شعبان محمد اسماعيل/ أصول الفقه تاريخه رجاله / دار المريخ / الرياض/ ط1 1981 / ص20 .

الاستنباط متبعة ، وان لم تذكر بأسمائها ، لانهم كانوا في غنى عنها لسببين :

1) ان الاجتهاد كان في بدايته ، وبذلك كان الحكم في مرحلة وضع الاساس فتأسس الاجتهاد ، وتأسست معه قواعده .

2) ان الصحابة كانوا في غنى عن هذه القواعد ، لأن التشريع جاء بلغتهم ، وهم أعرف الناس بها ، كما كانوا على دراية بأسباب التنزيل ، وورود الاحاديث النبوية الشريفة ، والناسخ والمنسوخ ، الى غير ذلك من القواعد التي تكوّن علم الأصول الفقه . هذا كان بالنسبة لفقهاء الصحابة . فقد وجد علم أصول الفقه بعدهم بفترة طويلة نوعا ما ، ووجد كميزان ضابط للاجتهاد حتى يستقيم بسبب ماطرأ على المجتمع من تغيير ، فقد أصبحت اللغة لاتكتسب بالوراثة ، وانما بالتحصيل ، وهذا بعد انتشار الاسلام ، واختلاط العرب بغيرهم ، فدخل اللحن في اللغة ولبعد المدة وجهل أسباب التنزيل الى غير ذلك من الاسباب التي يعرفها أهل الاختصاص .

وهذه ظاهرة عامة في كل التشريعات تقريبا ، ففي فرنسا مثلا، (1) لم تكن نظرية المدخل التي تقابل علم أصول الفقه في التشريع الاسلامي ، معروفة عندما صدر قانون نابليون الذي يعتبر كما يقال مستمدا وامتدادا للقانون الروماني ، وانما عرفت هذه المادة ، واستقلت بنفسها في بداية القرن الحالي ، أي بعد مرور قرن من الزمن على صدور هذا القانون .

الفرع الثاني : الاجتهاد بعد الخلافة الراشدية

انقسم المسلمون سياسيا ، بعد مقتل عثمان بن عفان الى أحزاب سياسية مختلفة الشيعة وهم الذين يرون أن عليا أحق بالخلافة ، والخوارج ويرون ان الخلافة حرة بالانتخاب لترشح أي فرد من أفراد الامة الاسلامية ، حسب رأيهم في معنى الامة ، حسب ماسوف نرى فيما بعد

---

(1) راجع في هذا السنهوري ، وحشمت أبو ستيت / المرجع السابق/ في التمهيد للمدخل والتعريف به .

في المبحث التالي ، وبين الحزبين ، وقفت أكثرية الأمة الاسلامية ـ الجمهور ـ موقفا معتدلا ، لم يذهبوا مذهب هؤلاء ولا مذهب هؤلاء ، رأيهم في الخلافة أنها ليست وصية لأحد ، وليست حسرة وانما الخليفة يعين من أكفأ قريش بالانتخاب ، عملا بالحديث (الائمة) ، هذا من الناحية السياسية.

أما من حيث الاجتهاد فقد استمر الجمهور في الطريق الذي بدأه الصحابة ، وتوسع كثيرا في هذه الفترة ، وأدى هذا التوسع الى انقسام المجتهدين الى أهل الحديث وأهل الرأي، وهذا الانقسام ظهر في منهج الاستنباط ، وكان سبب هذا عاملين رئيسين ، هما تفرق الصحابة في الأمصار ، وأثر الانقسام السياسي ، وسنعرض للعاملين بايجاز .

تفرق الصحابة في الأمصار .

بدأ انتشار الصحابة في الواقع في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم عندما كان يرسل بعض الصحابة الى الأماكن البعيدة عن المدينة لتعليم الناس أصول الدين ، وبعده في الفترة الراشدية ، ازداد هذا الانتشار بعد انتهاء حروب الردة ، وفتح مصر والشام والعراق وفارس التي القت على الصحابة مهمة ادارتها وتعليم أهلها الاسلام (1) ، اقتضت هذه المهام الرسمية انتقال عدد من الصحابة خاصة الفقهاء الى هذه البلاد الى جانب من كان مع الجيوش وفضل الاستقرار فيها (2) ، فقد نزل بالكوفة مثلا كبار الصحابة ، سعد بن أبي وقاص ، وعمار بن ياسر وعبد الله ابن مسعود ، وأبو موسى الأشعري ، وعلي بن أبي طالب عندما اتخذها عاصمة له ، ونزل بالشام معاذ بن جبل ، وأبو عبيدة بن الجراح ، وعبادة بن الصامت ، وأبو الدرداء ، ونزل بمصر عمرو بن العاص وابنه عبد الله الذي كان يعد من اعلام الصحابة الى غير ذلك .

ازداد تفرق الصحابة وانتشارهم في الأمصار في خلافة عثمان بن عفان ، عندما رفع الحظر الذي كان عمر بن الخطاب فرضه على أهل الرأي أي كبار الصحابة ومنعهم من الخروج من المدينة

---

1) راجع ابن سعد/ الطبقات الكبرى/ ج 5 . 6 . 7 حيث بين توزع الصحابة في الأمصار المختلفة

2) راجع في فقهاء الصحابة ابن سعد / المرجع السابق/ ج2 . ابو عبد الله شمس الدين الذهبي تذكرة الحفاظ دار احياء التراث العربي بيروت ج1 ، ابن حزم ج5 ، 92 ، ابن القيم اعلام الموقعين ج1 ص12 وما بعدها

الا باذنه وللضرورة ، لانهم أهل شورى أولا ، ولان بعد نظره هداه الى هذا وأثبت الزمن صحته ، وأصبح هذا الانتشار والتفرق نهائيا بعد ما آلت الخلافة الى معاوية بن أبي سفيان في عام الجماعة (1) ، بسبب سيرته في الخلافة ، التي خالف فيها سيرة من سبقه من الصحابة ، فقد استحدث واتبع أساليب أملتها السياسة حتى يضبط الأمور ، ويكسب الانصار الاقوياء بهذه الطرق واستغنى عن الشورى التي كانت متبعة من قبل فنفر منه العلماء ، واعتزلت البقية من الصحابة في الأماكن البعيدة عن مقر الخلافة وبخاصة مكة والمدينة ، واشتغلوا بالعلم ، ترتب عن هذا كله كثرة الفتوى بسبب اقبال الداخلين في الدين على معرفة أحكامه في جميع نواحي الحياة ، وكان الاقبال على هؤلاء الصحابة الذين التف حول كل واحد منهم مجموعات كبيرة من طلاب الفقه . هذا من حيث الفتوى ، فقد توسعت كثيرا ولكن مجالها ضاق بالمقابل ، فقد انحصرت حول أحكام الحلال والحرام ، وان شئنا قلنا علاقة الفرد بربه وعلاقته بغيره من الافراد العاديين ، أما علاقة الحكام بالمحكومين فلم يأخذ نصيبه من العناية ، لأن السياسة انفصلت عن الفقه ، ولم يعد الحكام يحرصون على مراعاة أحكامه في تصرفاتهم ، وانما يراعون ماتمليه السياسة ، فقد بدأ معاوية هذا باستلحاقه زياد بن أبيه واعتباره أخا له ، رغم عدم وجود أية علاقة شرعية بين أم زياد وأبو سفيان ، وكذلك أخذه البيعة لابنه يزيد ، الى غير ذلك من التصرفات التي شنعها عليه العلماء ، رغم مكانته كصحابي عدل شأن بقية الصحابة ، وأمعن من جاء بعده في الابتعاد عن الفقه في مجال السياسة ، رغم الحرص على اقامة شعائر الدين ، والاستمرار في الفتح ، انعكس هذا على الفقه ، فتحول الى علم نظري تقريبا ، هذا مفهوم القانونيين الذين يربطون بين القانون والسلطة السياسية ، ولكن التشريع الاسلامي له خصوصيته ، التي تتمثل في أنه يعتمد في تطبيقه على الافراد بالدرجة الأولى عن طريق الاقناع الذي يعتبر أساسا له ، ومن ثمة يمتثلون تلقائيا ، لذلك كان دور الحكام فيه ضئيلا ، فالفقه قام به الفقهاء ووسعوه وطوروه في المراحل الأولى ، وعندما جاء المتأخرون اختصروه ، كل هذا تم

---

1) راجع بعض التفاصيل / الشافعي / الرسالة / ص466 . ابن حزم / المرجع السابق / ج6 / ص 96 . الحجوي / المرجع السابق / ج2 / 49 . 50 . أبو زهرة ، الامام زيد / المرجع السابق / ص96 . 97 محمد الحسيني حنفي / المرجع السابق / ص80 وما بعدها . مصطفى شلبي / المرجع السابق / ص 122 . راجع تفاصيل آثار البيعة ليزيد الطبري / المرجع السابق / ابن الاثير / المرجع السابق . خاصة مايتعلق بوقعة الحرة ، أسبابها ونتائجها ، وثورة ابن الزبير .

بعيدا عن تدخل الحكام تقريبا ، فقد اعتمد وما زال يعتمد على الفقهاء .

كان ذلك مسلك الأمويين ، باستثناء عمر بن عبد العزيز ، فانه حاول الرجوع الى سيرة الراشدين ، ولكنه لم يعمر طويلا في الخلافة ، وحاول من جاء بعد الأمويين العودة الى هذه السيرة ، أي الاهتمام بالفقه ، وجعله دستورا ولكنه لم يفلح كثيرا بسبب تغير الزمن ، وما خلفه من مفاهيم في أذهان الحكام والمحكومين ، رغم هذا أسفرت هذه المحاولة عن العناية بالفقه الاداري فقد وضع أبو يوسف القاضي مثلا كتاب الخراج ، وقد جاء في فترة متأخرة ، فلو لم يحدث الانفصال بين السياسة والفقه لكانت هذه الأحكام قد درست واخذت حظها من العناية ، قبل مجيء أبو يوسف وهارون الرشيد بمدة طويلة ، لأن الحاجة اليها ، ظهرت في زمن عمر بن الخطاب ، كما رأينا من قبل .

أثر انتشار الصحابة .

لقد كانت مهمة الصحابة مهمة فتح وادارة وتعليم ، كما بينا من قبل ، لذلك التف حولهم أهل الأمصار المفتوحة يأخذون عنهم ، ويتفقهون في الدين على أيديهم ، عنهم تعلموا كتاب الله وسنة رسوله ، وتعلموا طريقة الفتوى والقضاء في الحوادث والنوازل التي واجهت الصحابة في هذه البلاد المختلفة ، في عاداتها وتقاليدها ، ونظمها الاجتماعية السائدة ، وفي العقائد التي كانت سائدة فيها قبل دخول الاسلام اليها ، فكيف الصحابة هذه الوقائع والنوازل للتشريع الاسلامي وهي بالتأكيد تختلف عما عرفوه والفوه في الحجاز موطنهم الأصلي وموطن الاسلام الأول ، وترتب عن اختلاف البيئة اختلاف الفتوى ، بسبب اختلاف الصحابة من الناحية العلمية ، فلم يكونوا كلهم في مستوى من حيث العلم بالقرآن ، ومايتعلق به وبالسنة كذلك ، وربما ظهر الاختلاف فيها أكثر بسبب طبيعتها فهي مجموع ماصدر عن الرسول من أقوال وأفعال وتقريرات طوال مدة بعثته ، وتعددت المناسبات التي صدرت بشأنها ، واختلفت المصالح التي تقررت أحكامها رعاية لها أو الغاء ، فيكون هناك حديثان متعارضان ، أحدهما قيل في مناسبة ، ثم عدل أو نسخ في مناسبة أخرى ، ثم تنسى المناسبة أو يجهل التاريخ ، أو يكون أحد الصحابة حضر صدور أحد الحديثين ، ولم يحضر الثاني الى غير ذلك ، فيحتفظ كل بما علم ، واذا عرضت عليه نازلة أفتى فيها بما سمع ، وتعرض نفس النازلة

لصاحبي آخر فيحكم بما علم ، ويصبح في المسألة أحكام مختلفة .

كان هذا سببا في اختلاف الصحابة كما بينا من قبل لان وسيلة العلم بالسنة كانت تتوقف على مدى ملازمة الرسول أو عدم ملازمته للأسباب المختلفة . يضاف الى هذا مسلك الصحابة أنفسهم وتشددهم في الرواية ، دفعهم الى هذا الخوف من أن يؤدي كثرة الرواية الى الدس على السنة ، فيدخل فيها ماليس منها ، أو يقع الخطأ في الرواية ، لانهم كانوا لايرون بأسا من رواية الحديث بالمعنى ، كما دفعهم الى هذا خوفهم من اشتغال حديثي العهد بالاسلام بالسنة وينصرفون عن حفظ القرآن .(1)

زاد تشدد الخلفاء أكثر من رواية السنة ، في الاقلال من روايتها لنفس الأسباب السابقة فقد روي أن أبا بكر جمع الصحابة بعد وفاة الرسول ، وقال انكم تحدثون عن رسول الله أحاديث تختلفون فيها ، والناس بعدكم أشد اختلافا ، فلا تحدثوا عن رسول الله شيئا ، فمن سألكم قولوا بيننا وبينكم كتاب الله ، فاستحلوا حلاله وحرموا حرامه ورويت عدة روايات عن موقف عمر بن الخطاب في هذا المجال ، منها : أنه لما ساير الصحابة المتجهين الى العراق ، قال لهم أتدرون لم شيعتكم قالوا نعم مكرمة لنا ، قال ومع ذلك فانكم تأتون أهل قرية لهم دوي بالقرآن كدوي النحل ، فلا تصدوهم بالحديث أو بالاحاديث فتشغلوهم . جردوا القرآن واقلوا الرواية وأنا شريككم ،(2) كما ذكر أنه حبس ثلاثة من أعلام الصحابة ، وقال لهم أكثرتم الحديث عن الرسول ، وقيل عندما أكثر أبو هريرة من الرواية سئل ، هل كنت تحدث بمثل هذا في زمن عمر؟ فقال : لو كنت فعلت لضربني بمخفقته.(3)

هذا التشدد في رواية السنة رغم أهميتها كمصدر للأحكام الجزئية التي لايمكن معرفتها بدون السنة وحد بالتالي من انتشارها في البلاد المفتوحة .

هذا من حيث العلم بالمصدرين الكتاب والسنة ، يضاف اليهما اختلاف الصحابة في درجة

---

1) أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص208 . محمد الحسيني حنفي/ المرجع السابق/ ص 85 ، 86 . ابن حزم / المرجع السابق/ ج2/ ص 138 .
2) أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص 210 . الذهبي/ المرجع السابق/ ج1/ ص7 .
3) الذهبي/ المرجع السابق/ ص8 . ابن حزم / المرجع السابق / ص 139 .

الفهم وملكة الاستنباط ، فهم متفاوتون في مسلكهم في البحث والاستنباط ، فمنهم من يتغلغل في معاني الألفاظ ويسبر غورها ، ويتحرى مراميها ، وفهم روح الشريعة ومقاصدها ، وهؤلاء كانوا من الباحثين المقدمين على الفتوى لا يتهيبون من ابداء الأحكام فيما جد من أمور تتطلب معرفة حكم الله ، ومنهم من كان يتوقف عند دلالة الألفاظ مع مراعاة معانيها وماتهدف اليه ، لكنهم يحرصون على المعاني الظاهرة ، ولا يبتعدون عنها ، بعد الفريق الأول طلبا للسلامة بالوقوف عند ما يظهر من كتاب الله وما وصل اليهم من سنة رسول الله ، فهؤلاء كانوا يقفون عند النصوص ولا يتجاوزونها ، ظهر هذا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم ، لما أمرهم الا يصلّوا العصر الا في بني قريظة ، وقف فريق منهم عند ظاهر أمر الرسول فلم يصلوا العصر حتى وصلوا بني قريظة وأعمل الآخرون عقولهم في تفهم مرامي هذا الأمر وتعرف المقصود منه ، وقالوا ان المقصود هو الاسراع ووصلوا قبل أن يصلوا الى بني قريظة ، ولما علم الرسول بذلك أقرهم (1) .

ان اختلاف الصحابة من الناحية العلمية وغلبة ملكة معينة عليهم ، وظهورها أكثر من غيرها أثر في التابعين الذين أخذوا عنهم سواء ما يتعلق بالقرآن أو السنة التي يتوقف العلم بها على عدد الصحابة الذين نزلوا المصر ، فكلما كان عددهم كبيرا كانت السنة أكثر انتشارا ، كذلك تأثروا بطريقتهم في الاجتهاد ، أي استعمال الرأي ، أو عدم استعماله ، وقد ظهر بصورة أوضح في الأمصار التي نزلها فقهاء الصحابة ، وسبب ذلك ان الصحابة رضوان الله عليهم رغم عددهم الكبير نسبيا اعتمادا على تعريف الأصوليين ، والذين بلغوا الفا وأربعمائة حسب أشهر الروايات (2) ، هذا العدد هو الذين بايعوا في بيعة الرضوان ، الا أن هؤلاء لم يكونوا جميعا من أصحاب الرأي والفتوى ، وانما اشتهر وعرف بذلك عدد قليل لا يتجاوز عددهم مائة وثلاثين رجلا وامرأة ، وهؤلاء اختلفوا في الاقلال والتوسط والاكثار من الفتوى ، والمكثرون سبعة فقط هم : عمر بن الخطاب ، عبد الله بن مسعود علي بن أبي طالب ، زيد بن ثابت ، أم المؤمنين عائشة ، عبد الله بن عمر ، عبد الله بن عباس (3) .

---

1) أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص235 . نادية شريف العمري/ المرجع السابق/ ص220 . ابن القيم/ اعلام الموقعين/ ج1/ ص222
2) الطبري/ المرجع السابق/ ج3/ ص72 .
3) ابن القيم/ اعلام الموقعين/ ج1/ ص12 ، 13 ، 14 . ابن حزم/ الأحكام جـ2 ص95

هذا من حيث الاكثار من الفتوى ، أما من أخذ عنهم أكثر من غيرهم ، ونشر من أخذ عنهم الفقه والعلم في مختلف البلاد هم أربعة فقط ، عبد الله بن عباس ، عبد الله بن عمر ، عبد الله بن مسعود ، زيد بن ثابت .(1)

فابن عمر ، وزيد بن ثابت أخذ عنهم أهل المدينة ، وابن عباس أخذ عنه أهل مكة وابن مسعود أخذ عنه أهل الكوفة ، أو العراق .

والسبب في هذا كله كما ذكره ابن سعد في رواية ، محمد بن عمر الاسلمي ، أن الأكابر من الصحابة قلت الرواية عنهم ، لأنهم هلكوا قبل أن يحتاج اليهم ، وكثرت عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب لأنهما وليا وسئلا وقضيا بين الناس ، وجاء عن الأحداث من الصحابة الرسول كعبد الله بن عمر وعبد الله بن عباس وأبي هريرة ، وأبي سعيد الخدري وأنس بن مالك ، لأنهم بقوا ، وطالت أعمارهم واحتاج الناس اليهم .(2)

ظاهرة وضع الحديث .

لما تمت الفتوحات واستقر الاسلام في الأقاليم المفتوحة ، ونزول الصحابة بها كثرت الحاجة الى السنة ، والى روايتها ، لحاجة الناس الى تعرف أحكام الدين ، والتعرف على أحوال النبي صلى الله عليه وسلم وأقضيته ، وازدادت الحاجة اليها أكثر في ظل الحكم الأموي ، بعدما حدثت الجفوة بينهم وبين العلماء ، ولكثرة الداخلين في الاسلام ، كما أشرنا من قبل ، أدت هذه الأسباب الى زيادة الاقبال على معرفة أحكام الشرع في جميع المجالات ، فتوسع الاجتهاد بسبب ذلك كثيرا ، وازداد الاقبال على السنة ، لأن الأحكام الجزئية تعرف بواسطتها ، وعكف صغار الصحابة كعبد الله بن عمر ، وعبد الله بن عباس ، وأبو هريرة ، وأبو سعيد الخدري وأنس بن مالك ، على رواية السنة ، وبيانها للناس ، كما بدأت الرحلات لطلبها كرحلة جابر بن عبد الله الانصاري الذي(3)

---

1) ابن القيم / المرجع السابق / جـ1/ ص 22 .

2) ابن سعد/ المرجع السابق / جـ2/ ص 376 .

3) أحمد أمين/ فجر الاسلام/ ص 223 . لا تعتبر هذه الرحلة الأولى والمهمة وانما حدثت رحلات من العراق الى المدينة والشام كرحلة علقمة بن قيس والأسود بن يزيد النخعي الى المدينة والى الشام للأخذ عن معاذ بن جبل قبل وفاته لكن أهم الرحلات وأشهرها وأكثرها فائدة رحلة الامام البخاري ورحلات بقية علماء الحديث محمد عجاج الخطيب/ السنة قبل التدوين/ دار الفكر/ بيروت / ط5/ 1981م / ص 190 .

بلغه ان عبد الله بن أنس الجهني سمع حديثا من النبي فاشترى جملا وسار اليه شهرا حتى قدم عليه في الشام ، وسمعه الى غير ذلك من الرحلات الكثيرة التي تعتبر جزءا من حياة أي عالم من علماء الحديث كما هو معروف ، في تاريخ المحدثين .

رافق هذا الاقبال على رواية السنة ، ظاهرة خطيرة جدا على الاسلام وغريبة عن المسلمين ، هي ظاهرة وضع الحديث ، ونسبته كذلك الى الرسول صلى الله عليه وسلم ، وكانت هي أيضا أهم الأسباب الرئيسية في انقسام الجمهور الى أهل الحديث وأهل الرأي ، نظرا لأهمية هذه الظاهرة ، وآثارها ، فاننا نتوسع فيها نوعا ما .

أشرنا الى أن هذه الظاهرة خطيرة ، وخطورتها تتمثل في نتيجتها ، وهو الشك الذي يزعزع الثقة في أحد أهم مصادر الشريعة ، وتشوش أحكام الدين ، فاذا تسرب الشك الى العقول وتأصل ، كان ذلك بداية تقويض الفكرة وهدمها من أساسها ، هذا من حيث الخطورة ، أما من حيث غرابتها عن المسلمين لأنها تتنافى مع أساس الدين الذي هو الصدق ، فقد بلغه صادقا أمين وحث عليه وأكده بسنته الطاهرة قولا وفعلا ، وقاده المسلمون في ذلك ، ونهى عن الكذب اجمالا لأنه يتنافى مع مكارم الأخلاق ، ونهى عن الكذب عليه خاصة ، لأن الكذب عليه يترتب آثارا خطيرة (1) والتزم المسلمون ذلك ، فلم يذكر أن مسلما كذب على الرسول في حياته ، وبعد وفاته ، خاصة السلف (2) الصالح رضي الله عنهم ، الذين التزموا الاسلام التزاما حرفيا ، واستمر الأمر كذلك ، الا أن بدأت الفتنة في خلافة عثمان رضي الله عنه ، فبدأ الكذب أولا على الصحابة ، بتزوير الرسائل على السنة كبار الصحابة وارسالها الى الأمصار المختلفة تحث على الثورة على عثمان ، وبعد ما اشتعلت الفتنة (3) وأدت الى قتل عثمان وتقاتل المسلمون في موقعة الجمل وصفين ، وظهور الخوارج و الشيعة

---

1) أنظر مثلا صحيح مسلم/ ج1/ فقد أورد الكثير من الأحاديث التي تنهى عن الكذب على الرسول .
2) هناك رواية في هذا الموضوع ، خلاصتها ان رجلا نزل على بني ليث بجوار المدينة مرتديا حلية وقال لهم ان الرسول كساه الحلة ، وأمره أن يحكم في دمائهم وأموالهم بما يرى ، فبلغ أمره النبي فقال كذب عدو الله وأمر بقتله . هذه الرواية أوردها ابن حزم/ الاحكام/ ج2/ ص84 . ورواها غيره ، لكن هذه الرواية أبطلها صاحب كتاب الوضع في الأحاديث .
3) ابن قتيبة / الامامة والسياسة / ج1/ ص37 ، 38 .

انتقل أهل البدع والأهواء من الكذب على الصحابة وقتلهم ، الى الكذب على الرسول نفسه[1] عن طريق وضع واصطناع أقوال على نسق حديث الرسول ، تؤيد أهل البدع أو تهدم العقيدة ثم ينسبونها الى الرسول لتحقيق أهدافهم .

والغرض من هذا هو رغبة كل حزب من الأحزاب المختلفة في اثبات صحة مبادئه ، فقد رجعوا الى القرآن ، فلما عجزوا عن العثور على ضآلتهم اتجهوا الى السنة ، فلما لم تسعفهم نصوصها ، عمدوا الى الكذب على الرسول ، لأن القرآن استحالت الزيادة فيه أو النقصان ، فقد الهم الله الخلفاء الى هذا المنفذ ، فالأول جمع القرآن في مصحف واحد ، والثالث حمل الناس على هذا المصحف ، ووزعه على كافة الأمصار ، وأمر بحرق ماعداه من مصاحف ، وبقيت السنة ، ولكن الله جنب المسلمين هذه الكارثة بآثارها الخطيرة ، فقد تنبه العلماء الى هذه الظاهرة ، وتصدوا لها في حينها وصانوا السنة ، وبعبارة أحسن الدين من آثارها ، وذلك بتعقب الواضعين والكشف عن الأحاديث الموضوعة ، والابتعاد عن الأحاديث المروية عن طريق أهل الأهواء بالبحث عن أحوال الرواة ، وكونوا علما سموه (الجرح والتعديل) مداره حياة الرواة وكشف الستر عن سيرهم بدأ الجرح والتعديل ببداية ظهور الظاهرة ذاتها ، فقد كانت الرواية في بداية الاجتهاد حرة تقبل من أي شخص بعد التأكد من صحة ماروى اتقاء لمظنة الخطأ أو النسيان[2] ، ولم يكن الرفض بسبب كون الراوي ليس عدلا .

بعد ظهور الأحزاب وانقسام الأمة ، بدأ الشك في عدالة الرواة وصحة مايروون ، وأول مايذكر في هذا الصدد مارواه مسلم عن ابن عباس أنه قال (انا كنا نحدث عن رسول الله ان لم يكن يكذب عليه ، فلما ركب الناس الصعب تركنا الحديث عنه)[3] .

---

1) أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص 211 ، 212 . والوضع في الحقيقة من المسائل المسلم بها عند العلماء ، وهو الذي دفع الى وضع مصطلح الحديث الذي كتب فيه الكثير جدا ، ومن أحدث ماكتب الوضع في الحديث قدم كرسالة للحصول على دكتوراه من جامعة الأزهر من طرف الدكتور عمر بن حسن فلاتة/ مكتبة الغزالي / دمشق/ بيروت / ط1/ 1981/ وعليه نعتمد في الموضوع .

2) أشرنا في الفرع السابق الى نماذج من مسلك الصحابة في هذا المضمار ، وقد كان الرواة صحابة ، ولكنهم تأكدوا فقط وهذا لايعتبر قدحا في عدالتهم فأهل السنة اتفقوا على عدالتهم ولم يقدح فيهم الا أصحاب البدع

3) صحيح مسلم/ ~~ص 84~~ . ج1 ص 81

في هذه الفترة بدأ التحفظ فيما يروى عن الرسول ، حيث أخذوا يتأكدون ممن ينقل الحديث ويرويه ، فان كان أهلا ، قبل حديثه والا رد ، فقد أخرج الامام مسلم الى ابن سيرين قال : لم يكونوا يسألون عن الاسناد ، فلما وقعت الفتنة ، قالوا سموا لنا رجالكم فننظر الى أهل السنة فيأخذ حديثهم ، وينظر الى أهل البدع فلا يؤخذ حديثهم .(1)

يذكر المختصون هذه الروايات ، خاصة ماروي عن ابن عباس وغيرها كبداية للوضع ، ولكنها(2) لم تؤكد لهم حادثة معينة كدليل مادي محسوس يثبت به حادثة تؤكد أن شخصا معينا وضع حديثا بعينه ، عند ظهور الأحزاب السياسية ، فالذي قام بذلك هم أتباع أو مقلدي هذه الفرق،(3) وهم الذين أفرطوا في اثبات عقائدهم بكافة الطرق ، ومنها وضع الحديث ، وأول حادثة دلت على بداية الوضع ، محاولة المختار بن عبيد الثقفي ، فقد ذكر انه قال لرجل من أصحاب الحديث ، ضع لي حديثا عن النبي صلى الله عليه وسلم اني كائن بعده خليفة ، وطالب بترة ولده ، وهذه عشرة الاف درهم وخلعة ومركب وخادم ، فقال الرجل ، أما عن النبي فلا ، ولكن اختر من شئت من الصحابة واحطك من الثمن ماشئت ؟ قال : عن النبي أوكد قال : والعذاب أشد .

كما ذكرت رواية أخرى أوضح من الأولى ، وخلاصتها ان المختار عرض على ابن الربعة الخزاعي ، وكان جاهليا أن يقويه بالحديث ، وعرض عليه مقابل ذلك سبعمائة دينار ، فرفض ابن الربعة ذلك ، وقال له الكذب على النبي النار النار وما أنا بفاعل ، كما طلب من محمد بن عمار بن ياسر أن يضع له عن أبيه أحاديث فرفض، وقتله بسبب ذلك .

هذه أولى المحاولات لوضع الحديث قام بها المختار الثقفي(4) عند ما ظهر بالكوفة ، وهي

---

1) صحيح مسلم / ص84 .
2) أحمد أمين/ فجر الاسلام/ المرجع السابق/ ص211، 212 ، تفصيل هذا الموضوع / عمر فلاته ج1/ ص182 ومابعدها ٢٠٥ . حيث ناقش الاراء التي حاولت تحديد بداية الوضع في الحديث.
3) لم ينسب لعبد الله بن سبأ، أنه وضع حديثا وحدث به كما لم ينسب للمحكمة الدولية أنهم وضعوا حديثا وللجمهور، وانما الذي قام بذلك هم المقلدون أو اتباع أصحاب البدع، وأن أهل السنة بعد ظهور الأحزاب السياسية قاموا هم أيضا بالوضع ، ويذكر في هذا الصدد المهلب بن أبي صفرة الذي تذكره المراجع المختلفة بأنه كان في حربه مع الخوارج يرى أن الحرب خدعة ، ومن الخداع وضع الحديث وقد اشتهر بذلك/ عمر فلاتة/ المرجع السابق/ أحمد أمين/ فجر الاسلام/ ص261 .
4) المختار بن عبيد الثقفي ، شيعي ، ظهر بالكوفة في خلافة يزيد ، وعبد الملك ، قتله مصعب بن الزبير

تصرح انه حاول أن يحمل بعض الناس على الوضع بأساليب مختلفة ، وانه لم يتوصل الى ذلك اذ لم يجبه الى طلبه أحد ، ومن هنا يمكن اعتبار هذه المحاولة بداية الوضع حيث اتجه التفكير الى ذلك وان الوضع الحقيقي تم بعد هذا ، أما قبل ذلك أي قبل محاولة ابن عبيد هو مجرد ظن فقط ، هذا ما انتهى اليه الباحث (1) ، وهذا يتفق مع ما ذكره ، من أن الحسن البصري وطاووس ، وسعيد بن جبير ، وطلق بن حبيب وابراهيم النخعي والشعبي ، وسليمان التيمي من تكلموا في الاسانيد (2) ، وهؤلاء من فقهاء التابعين عاشوا تلك الفترة وان كانوا بعض المؤلفين (3) ذكر أو اعتبر الامام مالك والأوزاعي ومن في طبقتهم أول من تكلم في الجرح والتعديل .

فالوضع اذا بدأ في فترة توسع الاجتهاد أما الدافع اليه فقد حدده الباحثون وأرجعوه لسببين رئيسيين (4) متفقين في منطلقهما ومختلفين في غاياتهما . أحدهما يهدف الى هدم العقيدة عن طريق زعزعة الايمان وهو الأخطر ، والثاني يقصد الى نصرة الحزب واظهاره بأنه قائم على مبادئ صحيحة وسليمة ، وهذا الدافع أقل خطورة من الأول لأن الآخذين به كان بعضهم سيء النية والبعض الآخر حسن النية ، كالذين يدفعهم حسن نيتهم في نصرة الاسلام الى وضع الأحاديث ، ورغم هذا فان حكمهما واحد ، فهو في النهاية كله كذب على الرسول صلى الله عليه وسلم .

وأصحاب الهدف الأول هم الزنادقة (5) والملاحدة من الذين أرغموا على الدخول في الاسلام كارهين أو ممن قوي الاسلام دونهم يقضي على مراكزهم الاجتماعية وأزال نفوذهم ، وماكانوا يتمتعون به

سنة 67هـ ويعرف اتباعه باسم المختارية أو الكيسانية/ راجع في هذا الشهرستاني/ المرجع السابق جـ1/ ص 147 . أبو الحسن الأشعري / مقالات الاسلاميين واختلاف المصلين ، تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد، عطا الله ، مكتبة النهضة المصرية/ القاهرة/ ط2/ 1969م/ جـ1/ ص91 وما بعدها . الامام أبو زهرة/ تاريخ المذاهب الاسلامية/ دار الفكر العربي / القاهرة 1976/ جـ1/ ص44 وما بعدها .

1) عمر فلاتة / المرجع السابق/ جـ1/ ص 214 .

2) محمد عجاج الخطيب/ المرجع السابق ص 220 وما بعدها

3) الرازي / الجرح والتعديل/ مطبعة مجلس دائرة المعارف حيدر آباد/ ط1/ جـ1 .

4) شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد . تحقيق حسن تميم / مكتبة الحياة/ بيروت 1963/ مجلد 4 ص 217 . شرح النووي على مسلم / المقدمة/ جـ1/ ص35 وما بعدها . أحمد أمين/ ص 212، 313 . حسن فلاتة/ المرجع السابق/ جـ2/ ص 219، 221 . محمد عجاج الخطيب/ المرجع السابق/ ص194 وما بعدها

5) الزندقة لفظة فارسية معربة ومعناها التفسير الخارجي عن الحدود الطبيعية للتأويل ، وقد أطلقت عند تعريبها على تأويل نصوص القرآن أو الحديث تأويلاً يخالف المعنى المقصود مخالفة غير معقولة

من مزايا فردية واجتماعية التي كانت لهم قبل انتشار الاسلام ، تظاهروا بالاسلام ، وحاولوا هدمه تعددت طرقهم في التنفس عن حقدهم وبث سمومهم والنيل من الاسلام ، فقد رأى بعضهم أن ذلك يتحقق بقتل حكام المسلمين فنفذه ، فقد قتل عمر بن الخطاب الصحابي الجليل الذي قوض المسلمين بقيادته دولة كسرى وقاوموا حدود دولة قيصر ، .... ، تذرعت بسبب أضعف من بيت العنكبوت ، ومنهم من اتخذ التشيع شعارا ، كعبد الله بن سبأ الرمز الظاهر لبعض أسباب الفتنة التي اشتعلت بين المسلمين وأدت الى قتل بعضهم البعض وتبادل التكفير ، ومنهم من رأى أن ذلك لايتحقق الا بدس الأباطيل والأكاذيب السخيفة على الرسول صلى الله عليه وسلم ، قاصدا بذلك تشويه صورة الاسلام الناصعة في عقائده وعباداته ومقاصده فوضعوا أحاديث تتعلق بذات الله وصفاته ، تتناقض مع عقيدة الاسلام الصحيحة ، قصد تنفير العامة من الاسلام واظهاره بمظهر الدين المتناقض الذي يشتمل على كثير من الأمور المتناقضة وغير المعقولة .

من أمثلة ماوضعوا مانسب الى أبي هريرة ، ان الرسول قال : قيل : يارسول الله مم ربنا ؟ قال من ماء مرور لا من أرض ولا من سماء ، خلق خيلا فأجراها فعرقت فخلق نفسه من ذلك العرق (1) ومانسبوه كذلك لمعاذ بن جبل ان النبي لما بعثه الى اليمن قال : انهم سائلوك عن المجرة ، فقال انها من عرق الأفعى التي تحت العرش (2) ، الى آخر هذه السموم التي كشفها جهابذة السنة والزنادقة لايقتصرون على الوضع فقط وانما يجاهرون بذلك ، ويقرون بأنهم وضعوا أحاديث كثيرة

= والزنادقة هم الذين يفعلون ذلك ، وقيل هم الذين يبطنون الكفر ويظهرون الاسلام ، أو الذين لايتدينون بدين يفعلون ذلك استخفافا بالدين .
دائرة المعارف الاسلامية ، مادة زنديق ، مجلد/ 10 / ص 440 . لسان العرب المحيط المجلد 2/ ص 51 .

1) عمر فلاتة / المرجع السابق/ ص 221 . محمد عجاج الخطيب/ المرجع السابق / ص 207 .
2) المراجع السابقة نفسها .

تجول بين الناس ، كعبد الكريم بن المرجاء الوضاع الذي قال عندما أخذ لضرب عنقه لقد وضعت فيكم أربعة آلاف حديث أحرم فيها الحلال وأحل فيها الحرام ، ولقد فطرتكم في صومكم وصومتكم في يوم فطركم (1) .

والاقرار بالوضع ، وذكر هذه الأرقام الخيالية اعتبر جزء من مخطط هؤلاء ، فقد بذلوا جهدهم في ذلك حال تمتعهم بحرياتهم ، فلما أيقنوا بالهلاك عملوا على تنفيذه بالتشكيك فيما في أيدي الناس من الأحاديث .

السبب الثاني وهو نصرة الأفكار والمبادئ المختلفة التي ظهرت في المجتمع الاسلامي نشير اليها باختصار عن طريق الاشارة الى الوقائع التي أدت الى ذلك ، وخلقت المناسبات التي اتخذت أغراضا للوضع ، عن طريق اشارات خاطفة للمراحل التي مر بها المجتمع الاسلامي في تلك الفترة .

تكون المجتمع الاسلامي لأول مرة في المدينة بعدما هاجر اليها الرسول صلى الله عليه وسلم ومعه من أسلم في مكة ، وكان هذا المجتمع الصغير مثالا للصفاء والمودة والاخاء تمثلت هذه القيم في مآخاة الرسول بين المهاجرين والأنصار ، فتقبلوا ذلك بصدر رحبة بلغ حد اقتسام كل شيء الا ما حرم الله ، ونزلت آيات كثيرة تمدح هذا المجتمع بعنصريه المهاجر والناصر ، ثم نمى هذا المجتمع وتوسع شيئا فشيئا بانتشار الاسلام ، وكثرة من يعبد الله على حق حتى أصبح دولة بمعنى الكلمة ، فقد دخلت كل القبائل العربية في الاسلام ، وخضعت شبه جزيرة العرب ، ربما لأول مرة في تاريخها لسلطة مركزية واحدة ، عند هذا الحد اكتملت الشريعة ، وانتقل الرسول الى الرفيق الأعلى ، بدأت بوادر الاختلاف في الظهور لكن المسلمون تجاوزوها بسرعة وبساطة بسبب قوة ايمانهم وحرصهم على مصلحة المسلمين ، والاسلام بالدرجة الأولى .

---

1) المراجع السابقة . أحمد أمين / ص 211 . عبد العلي محمد بن نظام الدين الانصار / فواتح الرحموت على شرح مسلم الثبوت ص 124 125

بعد تعيين الخليفة قام المسلمون بتبليغ الرسالة فنشروها في زمن قياسي ، بالنظر الى امكانيات ذلك العصر ، واتساع الرقعة التي نشروه فيها ، بقوة الدول التي واجهوها ، فدخل الناس في دين الله أفواجا بعضهم عن ايمان حقيقي ، وبعضهم مداراة ، ترتب على هذا توسع المجتمع الاسلامي توسعا كبيرا ، وتعددت العناصر التي يتكون منها ، فقد استظل الجميع بظل الاسلام دون أن ينصهروا كلية ، فقد بقيت بعض الخصائص التي لا تزول بسرعة ، وانما تحتاج الى وقت طويل ، خاصة ما يتعلق منها بالجنس والعرق ، والتي تعرض لها الاسلام وعالجها بتقريره ، ان أكرمكم عند الله أتقاكم ، ولكن هذه القاعدة لم يأخذ بها الجميع ، فقد استمر التمييز ، وصنف سكان الدولة حسب أجناسهم الى عرب وموالي ، هذا التصنيف لم يكن له أثر ولم يكن كسبب من أسباب الاختلاف والتفرق ، لأن السياسة الراشدية ، كانت تحول دون ذلك ، ولكن ذلك كان لفترة قصيرة ما لبث أن ظهر بعد الخلافة الراشدية بعد مقتل عمر ، وتولي عثمان الخلافة بالاختيار الحر ، وجهت اليه تهما ، واتخذت ذريعة لقتله ، وانقسم المسلمون بعد ذلك الى معسكرات متقاتلة ، وظهرت الأحزاب السياسية المختلفة .

الشيعة ويرون ان الامامة بالوصية ، وان هذه الوصية لم تحترم ، والخوارج ويرون ان المجتمع الاسلامي حدث فيه انحراف وانتشرت فيه بدع مضلة ، وان القضاء عليها لا يتم الا بامتشاق السيوف والقضاء على الكفرة بمفهومهم الذي ابتدعوه ، أدى هذا الانقسام الى قتل الخليفة الرابع علي بن أبي طالب ، وآلت الخلافة الى معاوية بن أبي سفيان ، واجتمعت كلمة المسلمين تقريبا ، الا أن عهده لابنه يزيد أدى الى وقعة الحرة والى استقلال ابن الزبير في مكة ، وقتل الحسين بن علي في العراق فانفرط العقد من جديد .

كان هذا الخلاف والنزاع حول الخلافة ومن يتولاها ، وهو خلاف سياسي محض ولكنه مس العقيدة ، فقد أدى من ضمن ما أدى اليه الى فتح باب الجدل حول الكفر والايمان فانتقلت المشاحنة والمحاجة من ميدان القتال الى ميدان العلم ، والدافع الى هذا هو الرغبة في

معرفة المصيب والمخطىء في هذه الفتن ، ثم امتد بعد ذلك وتوسع ، فشمل صفات الله ، علمه ، كلامه ، قديم وحديث ، وفي القضاء والقدر ، وهل الانسان مسير أو مخير ، وفي ارادة الله وأمره فهل يريد الله الشر كما يريد الخير الى غير ذلك من الأمور المتعلقة بأصول الدين والعقيدة .

وفي الفروع أدى توسع الاسلام وانتشاره الى الاقبال على معرفة أحكام الحلال والحرام فتوسع الاجتهاد تبعا لذلك ، وكثر المجتهدون واختلفوا في مناهجهم بعضهم يقف عند النصوص ولا يتجاوزها ، وبعضهم يرى أن أحكام الله معقولة المعاني ، فلم يقتصر على ظواهر النصوص وانما غاص في المعاني ، وبحث عن العلل وبنى عليها أحكامه ، مالبث هذا الاختلاف في المناهج أن تميز واتضحت معالم كل منهما وأصبح مدرسة مستقلة ، مدرسة الرأي ومدرسة الحديث .

خلفت كل هذه الحوادث آثارا فكرية مختلفة في السياسة وفي العقيدة وفي الفروع لتنتشر هذه الافكار واقتسمت المجتمع وأصبح فرقا ومذاهب وأحزابا ، كل واحد منها يرى ان ما اعتنقه هذا الحق واتخذه قضية يدافع عنها بكافة الوسائل ، بعضهم اعتدل وبعضهم تطرف ، ودفعه تطرفه في الدفاع عن رأيه وعقيدته الى وضع الحديث ، كأقوى وسيلة لاظهار صحة رأيه وقوته، وضعف رأى خصومه ، وهذا شيء طبيعي ، لأن الجدل والنقاش كان يدور في حدود الاسلام والجميع ينتسب اليه وهو الحكم ، فمن حكم له كان موقفه صحيحا ، ومن حكم عليه كان رأيه باطلا ، أو قد يكون الدافع اضعاف الخصوم فيوضع الحديث في مثالبهم ، هذه أغراض الوضع ، كما حددته الابحاث المختلفة ، واليها ردوا بعض الأحاديث .(1)

أدى الوضع في الحديث الى التشكيك فيما يروى ، وصعب مهمة الفقهاء ، فبعد ان كانت مهمتهم في عصر الصحابة تنحصر في استخلاص الأحكام من الأحاديث بعد سماعها ، أصبح عليهم أن يبحثوا في الحديث متنا واسنادا ، حتى اذا ماغلب على ظنهم صحته طبقوه أو استنبطوا منه

---

1) حسن قلانة/ المرجع السابق/ ص220، 284 . أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص 212 الى 215 . ومن هذه الفرق الأحزاب .الشهرستاني / المرجع السابق . الاشعري / المرجع السابق .الشيخ أبو زهرة .ابن حزم/ الفصل والملل/ عبد القاهر. ابن طاهر بن محمد اليميني البغدادي/ الملل والنحل، تحقيق البيرنصري نادر/ دار المشرق / بيروت / وله كتاب أشهر من هذا هو الفرق بين الفرق/ لم نعثر عليه شخصيا . محمد عجاج الخطيب/ المرجع السابق/ ص 195 ومابعدها .

ما أمكن من أحكام ، واذا غلب على ظنهم عدم صحته ردوه ، وهذه المهمة لم تكن سهلة عانى منها الفقهاء جميعا خاصة فقهاء العراق ، لأن العراق كان موطن الفرق المختلفة وموطن الأحاديث الموضوعة وانتشارها مما دعاهم الى وضع شروط مشددة لقبول الأحاديث (أخبار الآحاد) وقد وصل الأمر الى الحد الذي جعل البعض يرى الاستغناء عن الحديث كلية ، نظرا للشكوك التي أدى اليها الوضع .(1)

كان هذا قبل أن يستكمل الجرح والتعديل قواعده في القرن الثالث الهجري ، أما بعد ذلك فقد محصت جميع الأحاديث ودرست كافة الأسانيد فنقيت السنة مما دخل فيها ، ولم يعد مجالا للشك في الحديث بدعوى تسرب الكثير من الأحاديث المكذوبة اليه ، وكل دعوى من هذا القبيل ، انما هي دعوى لهدم الدين ورغبة في التحلل منه ، ولا يمكن أن يقول بها مسلم تمكن الاسلام من قلبه ، فقد عمل جهابذة السنة عملا شاقا متواصلا لمدة طويلة من الزمن ، حتى أصبحت السنة على ماهي عليه الآن من الصحة والنقاء ، وعلى كتب هؤلاء يعتمد دون غيرها .(2)

نتائج انتشار الصحابة وتوسع الاجتهاد .

ترتب على انتشار الصحابة وتوسع الاجتهاد ظهور عدد كبير من التابعين في كل البلاد التي نزل فيها الصحابة ، وظهرت أول هذه الأعداد في الحجاز والعراق في الكوفة خاصة ، للأسباب

1) الامام الشافعي / الأم / ج7/ ص273 وما بعدها .
2) دونت السنة في القرن الثالث الهجري ، فأئمة الحديث أصحاب الأمهات الستة كلهم عاشوا في هذا القرن ، وهم أنفسهم يعتبرون من رجال الجرح والتعديل ، اضافة الى هؤلاء هناك رجال آخرون عملوا في هذا الميدان . وهناك مؤلفات خاصة عرضت لسيرهم ، منها كتاب الجرح والتعديل للرازي ، وهو مطبوع ، وهناك كتب عرضت للمجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين لمحمد بن حبان بن أحمد بن أبي حاتم التميمي وهو مطبوع حققه محمود ابراهيم زاليه وهناك كتب تناولت الموضوعات ، ككتاب عبد الرحمن بن علي بن الجوزي وهو مطبوع كذلك حققه عبد الرحمن محمد عثمان / ط2/ منه تمت سنة 1983م ، هذه أمثلة للجهود التي بذلت في هذا الميدان والذي يجتهد لابد أن يحيط بكل هذه الموضوعات حتى يكون على دراية تامة بالحديث الذي يستشهد به ويبني عليه رأيه وان كان علماء الحديث قد سهلوا المهمة كثيرا بالمستخرجات التي وضعوها في هذا المجال فسهل بذلك معرفة الحديث ودرجته من هذه المستخرجات كتاب ابن حجر الذي أشرنا اليه في مكان سابق ، لكن الاعتماد عليها وحدها أيكفي أم لا فهذا يحتاج الى رأي أهل الاختصاص .
3) ظهرت في المدينة مجموعة كبيرة من الفقهاء اشتهر منهم مجموعة سموا بالفقهاء السبعة وهم =

التي أشرنا اليها من قبل .

اعترف الصحابة لهؤلاء التابعين بالصلاح والتقوى ، وأذنوا لهم بالاجتهاد والافتاء واستفتاهم الصحابة أنفسهم وقد وردت عدة روايات في هذا الصدد نذكر بعضا منها ، قال ابن عمر (سعيد بن المسيب أحد المفتين) (1) ، وقال ابن عباس (يا أهل مكة أتجتمعون علي وعندكم عطاء) (2) وقال ابن مسعود (ما أقرأ شيئا واعلم شيئا الا وعلقمه يقرؤه ويعلمه) (3) ، وفي رواية أن شخصا سئل لماذا تدع الصحابة وتأتي علقمة ، فقال ادركت ناسا من أصحاب رسول الله وهم يسألون علقمة ويستفتونه) (4)

شارك التابعون في الاجتهاد الى جانب الصحابة ، لأن المجال اتسع كما أسلفنا ، واتبع هؤلاء طريقة الصحابة في الاعتماد على مصادرهم الكتاب والسنة والاجماع ، فتاوى الصحابة (5) الرأي ، التي اعتبروها مصدرا وضموها للسنة ، وانقسموا بدورهم الى متمسكين بالنصوص وظواهرها ولايتجاوزونها الى القياس الا في الحالات النادرة ، وهؤلاء عرفوا بأهل الحديث بالحجاز ، وبعضهم رأى أن أحكام الشرع معقولة المعنى وأن جميع الأحكام شرعت لمصالح العباد ، فكانوا يبحثون عن تلك العلل ويجرون عليها وجودا أو عدما ، وهؤلاء عرفوا بأهل الرأي وهم فقهاء العراق .

ظهرت في عهد التابعين النزعتين الرأي والحديث وسادت كل منهما في منطقة معينة وهو مايعرف عند المؤرخين بمدرسة الحديث بالمدينة ، ومدرسة الرأي بالكوفة ، (6) الا أن هذا التقسيم وربط احدى النزعتين باقليم معين غير مسلم به فقد نازع بعض العلماء كالشيخ فرج السنهوري الذي

= سعيد بن المسيب، عروة بن الزبير بن العوام، القاسم بن محمد بن أبي بكر، أبو بكر عبد الرحمن ، عبد الله بن عتبة بن مسعود ، سليمان بن يسار مولى ميمونة زوج النبي ، خارجة بن زيد .
راجع سير هؤلاء ابن سعد / الطبقات / جـ2 و5/ . الذهبي /تذكرة الحفاظ / جـ1 . ابن العماد الحنبلي / جـ1 . أبو نعيم أحمد بن عبد الله الأصبهاني / حلية الأولياء وطبقات الأصفياء / دار الكتاب العربي / بيروت / ط2 . 1967/ جـ2

1) الذهبي / جـ1/ ص54 . 2) الذهبي / جـ1/ ص98 . 3) الذهبي / جـ1/ ص48 .
4) الاصبهاني / جـ2/ ص98 .
5) القاضي عياض/ جـ1/ ص75 . موسوعة الفقه الاسلامي / جـ1/ ص11 . موسوعة جمال عبد الناصر/ جـ1 ص26 . نادية شريف العمري / المرجع السابق/ ص319 ، 320 .
6) أحمد أمين/ فجر الاسلام / ص241 . بدران أبو العينين بدران/ الشريعة الاسلامية/ تاريخها ونظرية الملكية / مؤسسة شباب جامعة الاسكندرية ، بدون تاريخ / ص116 ومابعدها .سلام مدكور/ المدخل/ ص79 . الحجوى/ المرجع السابق/ جـ2/ ص88 .الصابوني / المرجع السابق ص218

انتقد التقسيم السابق ورأى أن التسمية الصحيحة في هذا هي تسمية ابن النديم وهي (من الفقهاء من عليهم الاشتغال بتصحيح الحديث والبحث عن رجاله وكان له مع هذا خط من الفقه ، وهم من سماهم الفقهاء أصحاب الحديث ، ومنهم من غلب عليهم الاشتغال بالفقه وهم يكونون أهل الرأي (1)

وابن قتيبة الدينوري لا يقر بهذا التقسيم الاقليمي ، فقد اعتبر بعض الفقهاء الذي يعدون من أصحاب الحديث أهل رأي ، كالامام مالك والشافعي والاوزاعي (2) ، والشيخ أبو زهرة عارض هذا التقسيم أيضا بقوله (صار لكل اقليم من الاقاليم الاسلامية شهرة في احدى المنهاجين ، وذكر بعض المؤرخين ان المدينة اشتهرت بفقه الاثر واشتهر العراق بفقه الرأي ، وراج ذلك النظر رواجا شديدا حتى أصبح من المقررات الفقهية ، ونحن لانشك في أن فقهاء الرأي في العراق أكثر من اخوانهم في الحجاز والحق انه ماوجد فقه فالرأي لازم لابد له منه فيما لانص فيه) (3) .

وقد ذهب أحمد أمين الى تقسيم آخر ثلاثي ، فأضاف الى الاتجاهين السابقين اتجاه ثالث وسط ، واعتبر الامام مالك والشافعي هم الذين يمثلون هذا الاتجاه .

مهما كان الامر سواء كان التقسيم الاول أو الثاني أو الثالث صحيحا وغيره فيه بعض الخطأ فان المؤكد أن مناهج الاجتهاد قد توسعت في هذه الفترة أكثر مما كانت عليه في فترة الخلافة الراشدية ، فقد كثر اتباع أحد المنهاجين وأخذ به الكثير من الفقهاء وظهر أكثر من غيره في منطقة معينة لاسباب موضوعية ، ونعتقد ان اشارة عابرة الى النزعتين وبيان أسباب انتشارها أكثر من غيرها في العراق أو الحجاز جدير بأن ينير لنا السبيل لمعرفة مدى الاختلاف وأثره .

نزعة الحديث وسيادتها بالحجاز أكثر وأسباب ذلك .

تمثل هذه النزعة في مسلك الفقهاء الذين يأخذون بها والمتمثل في :

1) التمسك بظواهر النصوص وعدم العناية بالوقوف على علة الاحكام ولا على حكمة التشريع ولذلك فانهم لا يعدلون على تطبيق ظاهر النص ولو لم يظهر لتطبيقه حكمة في بعض المواضع .

1) سلام مدكور/ المدخل / ص 124 هامش 1 .
2) ابن قتيبة / المعارف . تحقيق ثروت عكاشة/ دار المعارف/ القاهرة/ ص 494 ومابعدها .
3) أبو زهرة/ الامام زيد / ص 175 .

2) كثرة اعتمادهم على السنة وتفضيلهم لها على الرأي ، بل ان فقهاء هذا الاتجاه كانوا لايلجأون الى الرأي اذا كان في المسألة كتاب أو سنة أو اجماع أو قول صحابي ، وقد أدى بهم هذا الموقف الى العمل بالحديث الذي يرويه راو واحد مادام موثوقا بحفظه ودينه وأمانته .

3) عدم اللجوء الى الرأي الا في حالات الضرورة القصوى وهذا بالنسبة لأغلبهم ، وربما امتنع بعضهم عن الافتاء في المسألة التي لايوجد فيها حكم في الكتاب أو السنة أو الاجماع ، ولا يوجد فيها رأي صحابي اذا كانت الضرورة لاتدعوا الى معرفة الحكم فيها على الفور ومن أجل ذلك لم يتعرضوا للمسائل الافتراضية واكتفوا بالبحث عن حكم ما وقع فعلا (1) .

والسبب في اتجاه أكثر فقهاء الحجاز هذا الاتجاه ، وعدم ميلهم الى الرأي مايلي :

أ ــ وجود عدد وفير من الصحابة بها ومن حفظة السنة في الحجاز ، لأن الحجاز هو موطن الوحي ، فيه نزل وفيه اكتمل وانتشر ، وان عاصمة الدولة الاسلامية كانت المدينة منذ هاجر اليها الرسول وبعد وفاته بمدة طويلة نسبيا ، اذ تم البت في كثير من القضايا خاصة أمهات الأمور التي عرضت لأول مرة في تاريخ التشريع الاسلامي ، وبها مات أغلب الصحابة لهذا كان تحصيل السنة ميسورا ، يضاف الى هذا جانب آخر مهم ، وهو خلو الحجاز في هذه الفترة من البدع التي انتشرت كالتشيع والخروج خاصة الأولى التي اشتهرت كأكبر فرقة في وضع الحديث ، كما عملت السياسة الأموية على ابعاد أهل الحجاز بصفة عامة عن السياسة بأساليب كثيرة ، بالعنف الذي وصل الى استباحة الحرمين الشريفين في عهد يزيد ، وعبد الملك بن مروان وبالمال ، وانتشرت فيه ظواهر أخرى كسماع الغناء والشعر الى غير ذلك (3) .

ب ــ ان الحجاز كان في هذه الفترة يعيش على حال البداوة التي كانت عليها في أيام الرسول وأيام الخلفاء الراشدين ، لذلك قلت الحوادث المستجدة والتي لم يكن لها نظير ، لهذا لم تكن الحاجة تدعوا الى كثرة استعمال الرأي .

1) أحمد أمين/ فجر الاسلام/ ص 242 ، 243 . الصابوني / المرجع السابق/ ص 219 . شلبي المرجع السابق/ ص 128 .
2) احمد أمين/ المرجع السابق/ ص 244 . الصابوني / المرجع السابق/ ص 222 ومابعدها .
3) راجع بعض المراجع كالأغاني للوقوف على ماذكرنا .

جـ ـ تأثرهم ببعض شيوخ الصحابة كعبد الله بن عمر الذي كان لايستخدم الرأي ، ولكن مثل هذا الكلام لايمكن أن نعول عليه كثيرا ، لأن كثيرا من الصحابة الذين اشتهروا بالفقه أكثر من ابن عمر كانوا في المدينة وكانوا يستخدمون الرأي أولهم عمر بن الخطاب نفسه ، وابن مسعود وعلي بن أبي طالب ، وبعد هؤلاء جاء ابن عباس وعاصر ابن عمر وكان يستخدم الرأي حتى اشتهر بأنه لايرد سائلا وتعجب من رد ابن عمر للناس فقد روى عن سليمان بن يسار قال كنت أقسّم نفسي بين ابن عمر وابن عباس فكنت أكثر ما اسمع ابن عمر يقول لا أدري وابن عباس لا يرد أحدا ، فسمعت ابن عباس يقول عجبا لابن عمر ورده للناس الا ينظر فيما شك فان كانت مضت سنة قال بها ، والا قال برأيه (1)، وروي عن ابن عينية كان ابن عباس اذا سئل عن الأمر ، فاذا كان في القرآن اخبر به وان لم يكن في القرآن وكان رسول الله أخبر به ، فان لم يكن في القرآن ولا عن السنة وكان عن أبي بكر أو عمر اخبر به فان لم يكن في شيء من ذلك اجتهد رأيه (2).

فالرأي كان معمولا به من قبل الصحابة وقد عرضنا نماذج من فقههم خاصة عمر الذي يعتبر سعيد بن المسيب رواية له كل الصحابة لايحدثون في المدينة أي أثر الا ابن عمر فينسب التأثير اليه وحده قول يحتاج الى دليل ، فالرأي اذا كان معمولا به في الحجاز أيضا لكن كان قليلا بالقياس الى العراق للأسباب التي ذكرناها ، ثم توسع نوعاما ، بعد الفقهاء السبعة ، فقد جاء في الطبقة التي تليهم ربيعة بن أبي عبد الرحمن فروخ ، الذي اشتهر بربيعة الرأي لاتجاهه اليه (3)، وهو أحد شيوخ الامام مالك .

أما نزعة الرأي فقد انتشرت في العراق وفي الكوفة على وجه الخصوص ، وامتازت بخصائص تخالف خصائص مدرسة الحديث في الأسلوب وتتفق معها في النتيجة ، وذلك للظروف الخاصة بها والمتمثلة في :

---

1) ابن سعد / المرجع السابق/ جـ2/ ص365
2) ابن سعد / المرجع السابق / جـ2/ ص373 .
3) ابن سعد / المرجع السابق/ ص66 ، الذهبي المرجع السابق جـ1 ص157 ، ابوالعباس شمس الدين احمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان وفيات الاعيان وأنباء ابناء الزمان تحقيق احسان عباس دار الثقافة بيروت جـ2 ص288

أصل مذهب الكوفة من الصحابة .

سعدت الكوفة كغيرها من الأمصار الاسلامية آنذاك بنزول عدد من الصحابة الذين اشتهروا بالفقه ، كأبي موسى الأشعري وعلي بن أبي طالب وسعد بن وقاص وعمار بن ياسر وعبد الله بن مسعود ، لكن الأثر الأكبر يرجع لابن مسعود فقد أرسله عمر بن الخطاب رضي الله عنه لغرض التعليم ، وذلك عندما طلب أهل الكوفة أرسال من يعلمهم أصول الدين ، فأرسله وأرسل عمار بن ياسر واليا ، وذكر في رسالة تعيينهما الى أهل الكوفة ، اني قد بعثت اليكم عمار بن ياسر أميرا وعبد الله بن مسعود معلما ووزيرا ، وهما من النجباء من أصحاب محمد من أهل بدر ، فاقتدوا بهما واسمعوا ، وقد آثرتكم بعبد الله بن مسعود على نفسي . (1) نزل رضي الله عنه الكوفة وبنى بها دارا بجوار المسجد ، ثم أقام فيها يعلم الناس ، وعلى يده انتشر الفقه في هذه البلاد ، اضافة الى من كان من العراق من الصحابة المشهورين ، لكن الأثر الأكبر يعود اليه فهو المتقدم عندهم وهو العمدة ، وهذا في الحقيقة لاغرابة فيه ، فقد أوصى النبي بالأخذ على أربعة ، وجعل ابن مسعود في مقدمتهم . (2)

لم تمض مدة طويلة حتى ظهر في هذه المدينة مجموعة من الفقهاء ، قابلت فقهاء المدينة السبعة ، (3) واشتهر هؤلاء جميعا علقمة بن قيس النخعي ، الذي أخذ عن صحابة آخرين ، كأبي الدرداء ، وعمر بن الخطاب ، وعثمان بن عفان وغيرهم ، وكان أكثر الناس تشبثا بسيرة ابن مسعود وبعد هؤلاء ظهر ابراهيم بن يزيد النخعي ، وأبو عمرو عامر شراحيل الشعبي ـ الذي كان من اتجاه الحديث .

هذا فيما يتعلق بأصل هذا المذهب من الصحابة ، أما مسلكهم ، أو منهجهم فقد اختلف من منهج أصحاب الحديث ويتبدى ذلك في :

---

1) الذهبي/ المرجع السابق/ ج1/ ص13 .
2) الحجوى/ المرجع السابق/ ج2/ ص 85 . أبو زهرة/ الامام جعفر الصادق/ ص 177 .
3) الفقهاء الستة الى جانب علقمة ، الاسود بن يزيد النخعي ، مسروق بن الأجدع الهمداني ، عبيدة بن عمر السلماني ، شريح بن الحارث القاضي ، والحارث الاعور . راجع الذهبي/ ج1 .

1) العناية بالبحث عن علل الأحكام وحكمة التشريع ، وربط الحكم بها وجودا أو عدما ذلك أنهم يرون أن هذه الشريعة معقولة المعاني ، وانها ماجاءت الا لتحقيق مصالح العباد لذلك فانه من الواجب البحث عما وراء ظواهر النصوص من العلل التي شرعت الأحكام من أجلها ، وهم في هذا انما يسلكون مسلك من تأثروا به ، خاصة عمر الذي روي عنه بعضهم ، ونقل لهم ابن مسعود فتاويه لأنهما كانا من منحى واحد .(1)

2) التشدد في قبول اخبار الآحاد ، وذلك لأنهم يتهيبون الرواية عن الرسول ولا يتهيبون من الرأي ، وأثر ابن مسعود في هذا واضح ، فقد اشتهر رضي الله عنه بأنه كان يتحرى في الأداء ويشدد في الرواية ويزجر من يأخذ عنه عن التهاون في ضبط الألفاظ .(2) وهذا ما دفعه هو شخصيا الى الاقلال من الرواية عن الرسول ، قال شريك كنت أجلس الى أبن مسعود حولا لا يقول : قال رسول الله فاذا قال : قال رسول الله استقلته الرعدة ، وقال هكذا أو نحو ذا أو قريب من ذا أو ...(3) وهذا ليس غريبا عنه أيضا فقد قال في حقه الرسول صلى الله عليه وسلم ، من سره أن يقرأ القرآن رطبا فليقرأه قراءة ابن أم عبد .

ولأن العراق انتشرت فيه الأحاديث الموضوعة ، وقد رأينا من قبل أن أول المحاولات ظهرت في الكوفة بالذات وأن الذي اشتهر بالوضع (المهلب بن صفرة) رغم عدم وقوفنا مايثبت ماروى به كان هو أيضا في العراق هذا كلهم دفعهم الى الاحتياط في قبول السنة ، وأدى بهم هذا الى تقديم القياس والرأي على بعض أخبار الآحاد التي ثبتت صحتها عند غيرهم .

3) عدم الوقوف في ابداء الرأي عند الحوادث التي تقع فعلا ،(4) بل تعدى ذلك الى افتراض حوادث لم تقع وابداء الرأي فيها ، وقد أكثر فقهاء الكوفة من تفريع الفروع بناء على الفقه الافتراضي وقد آخذهم غيرهم على هذا المسلك ، ولكنهم كانوا يتخذونه كطريقة للتمرن والاستعداد لما قد

---

1) الحجوي/ المرجع السابق / ج2 / ص 86
2) أحمد أمين / فجر الاسلام / ص 240 .
2) الذهبي/ المرجع السابق / ص 13 . 3) الذهبي/ المرجع السابق/ ص 15 .
4) اشتهرت مدرسة الكوفة بالفقه الافتراضي ، رغم هذا فان أشهر أئمتها ابراهيم النخعي ، لم يثبت أنه كان يلجأ اليه أو يتبعه .

يواجههم من نوازل وأقضية . أما أسباب ظهور هذا الاتجاه في الكوفة أكثر فهي :

1) تأثرهم بمعلمهم الأول عبد الله بن مسعود (1) .

2) قلة ماعندهم من الحديث بالقياس الى ماكان عند أهل الحجاز (2) ، فمهما كان عدد الصحابة الذين نزلوا العراق بصفة عامة فان عددهم يظل دون العدد الذي بقي في المدينة اضافة الى أن شيوع ظاهرة الوضع بعد أن كثرت الفرق المتنازعة والتي كان موطن أغلبها في العراق خاصة تلك التي اشتهرت بالوضع في الحديث ، هذا جعلهم يتشددون في قبول الأحاديث .

3) ان العراق كان قطرا متمدنا ، امتزجت فيه حضارات البابلية والفارسية ، كما سادت فيه ديانات مختلفة الى جانب نظامه الاقتصادي ، الى غير ذلك من العوامل التي تجمعت كلها بما فيها من كمال ونقص في العراق فجعل أعراف الناس وعاداتهم وتقاليدهم تختلف اختلافا كبيرا عما هو موجود في الجزيرة العربية ، والقى هذا على كاهل الفقهاء مسؤولية أثقل وأعظم بكثير مما تحمله فقهاء الحجاز ، فقد وضعت المدنية جزئيات كثيرة امام الفقهاء على رأي الأستاذ أحمد أمين ، فكثرة النوازل وتلاحقها بسرعة ، أي عدم تناهيها وتناهي النصوص شحذ قرائح فقهائه ، فوفقوا بين هذا وذاك ، وقد اعترف لهم أتباع اتجاه الحديث في العراق بذلك ، فقد أخرج الأصبهاني ، ان الشعبي وأبو الضحى وابراهيم النخعي كانوا يجتمعون في المسجد فيتذاكرون الحديث فاذا جاءتهم فتيا ليس عندهم منها شيء رموا بأبصارهم الى ابراهيم (3) .

أدى انتشار الصحابة واتساع الاجتهاد الى :

1) انقسام الفقهاء الى أصحاب الرأي وأصحاب الحديث (4) ، وساد أو ظهر أحد الاتجاهين أكثر من الآخر في منطقة معينة وسيادة اتجاه الرأي في العراق لايعني أن فقهاءه كانوا يغفلون الحديث نهائيا ، هذا مالم يقله أحد ، وانما كثرت القوادح عندهم وتشددوا في قبول الأحاديث فتركوا بعضها نتيجة لتلك القوادح ، وماعدا هذا فانهم كانوا يأخذون بالحديث ، فهذا ابراهيم

---

1) محمد الحسيني حنفي/ المرجع السابق/ ص96 ، 97 . محمد يوسف موسى/ المرجع السابق/ ص13 . 14 . 15 . الصابوني / المرجع السابق/ ص225 ، 226 .
2) ابن خلدون/ المقدمة/ ص 1144 . 3) الاصبهاني/ المرجع السابق/ ج2/ ص221 .
4) الحجوى/ المرجع السابق/ ج2/ ص88 . 89 . 90 .

النخعي فقيه الرأي ، يذكر أنه لايستقيم رأي بدون رواية ، ولاتستقيم رواية بدون رأي ، فالرأي عندهم كان يوفق بين النقل والعقل ، بحيث يظل في اطار الشريعة ولايخرج عنه ، وان كان الرأي في تلك الفترة لم يكن واضحا ودقيقا لعدم وجود قواعد تضبطه ، وهذا شيء طبيعي ، لأن الفقه كان في مرحلة الوضع والتأسيس والتأصيل حسب رأي امام الحرمين ، الذي عرض لهذه الفترة وبين أن (كل موضوع بحث فانه يكون في بدايته عرضة لأن يتطرق اليه النقص وعدم الكمال ، ثم يتدرج المتأخرون في التهذيب والتكميل فيصبح المتأخر أحق أن يتبع ... وهذا واضح في الحرف والصناعات ، فضلا عن العلوم ومناهج البحث ، وهذه الطريقة ليست فيها تعرض لنقص مرتبة امام ويقبلها كل منصف من النظار)(1) كما لا يعني ظهور اتجاه الرأي في العراق غياب اتجاه الحديث نهائيا ، بل العكس ، فقد كان هناك فقهاء من اتجاه الحديث ، كالشعبي مثلا الذي كان معاصرا لابراهيم النخعي .

أخيرا ان اتباع الرأي في الاجتهاد لايعتبر بدعة ابتدعها أهل الرأي بصفة عامة سواء كانوا في العراق أو الحجاز ، وانما كانوا متبعين لائمة سبقوهم وهم صحابة رسول الله الذين أخذوا عنهم ويصدق على الجميع أصحاب الرأي والحديث ، منها قوله سبحانه وتعالى (والسابقون الأولون من المهاجرين والأنصار والذين اتبعوهم باحسان)(2) فكل ماظهر في عهد التابعين ، هو أن الاتجاهات التي كانت في عهد الصحابة ضيقة ، قد نمت واتسعت وانتشرت أكثر بسبب توسع الاجتهاد وكثرة المجتهدين ، وان الانقسام لم يؤد الى خلاف لأنه ظل في اطار الفروع ولم يمس العقيدة ولا أصول الدين ، وكل من اجتهد وكان أهلا لذلك ولم يتعرض لأصول الدين فانه يعتبر مصيبا في نظر أهل الحق .(3)

2) ترتب على توسع الاجتهاد كثرة الحوادث والنوازل في جميع أبواب الفقه ، وظهر في كل بلد فقيه من فقهاء التابعين ، فظهر في المدينة سعيد بن المسيب ، وفي مكة عطاء بن أبي

1) عمار طالبي / المرجع السابق / ص 64 . 2) سورة التوبة / الآية 100 .
3) راجع حكم المجتهد في الفروع واختلاف المجتهدين . الشهرستاني / المرجع السابق / ج1/ ص 201 . الآمدي / ص 244 ومابعدها . الشوكاني / المرجع السابق / ص 259 . الشاطبي / الموافقات ج4/ ص 224 ومابعدها . هذا على سبيل المثال لا الحصر .

رباح ، وفي البصرة الحسن البصري ، وفي اليمن طاووس بن كيسان . وكل واحد منهم تلقى أصولا من أقوال الصحابة وفتاويهم الى جانب قضايا القضاة في كل بلد ، فأضاف اليها ما أضاف بالتخريج على أقوال هؤلاء ، وبالاجتهاد المستقل ، فتجمعت بذلك أبواب الفقه لدى كل فقيه خاصة فقهاء المدينة والكوفة ، كابن المسيب ، وابراهيم النخعي وكان كل منهما يعتمد على علم أهل بلـــده وشيوخه ويعتبره عاملا مرجحا ، فابن المسيب وأصحابه كانوا يرون أن أهل الحرمين أثبت الناس في الفقه والحديث لأن أهل مذهبهم ، فتاوى ابن عمر وعائشة وابن عباس الذين جمع أقوالهـــم جميعا ، فما أجمعوا عليه احتفظ وتقيد به ووضعه حدا لايتجاوزه ، وما اختلفوا فيه أخذ بالاقوى دليلا وشهرة .

وابراهيم النخعي كذلك جمع أقوال ابن مسعود وفتاويه وبفتاوي علي واجتهاد أصحـــاب ابن مسعود وقضايا قضاة الكوفة ، وخرج على فقههم بالقياس والاستنباط فيما لم ينص فيه ، واتخذ قضاياهم أصلا له ، فاذا اختلفت أقوال الصحابة والتابعين أصبح ماتجمع لديه من فقه فقهاء الكوفة هو المرجح (1) .

وهكذا انتهت هذه الفترة أيضا الى بداية ظهور المذاهب متأثرة بالدرجة الأولى بالشيوخ ولما جاء أتباع التابعين أضافوا الى ذلك ما أضافوا بالتخريج والاجتهاد المستقل كذلك ، فاكتمل الفقه واستقل عن بقية العلوم التي كانت تسير مع بعضها ، وأصبح يتطلب التفرع والانقطاع لـــه وحده كعلم (2) ، فتفرغ له العلماء وأخذ كل واحد منهم ماتجمع في بلده ، ومحصه ووقف على طريـــق استدلال التابعين وقارن بين فتاويهم وفتاوي فقهاء الصحابة . فاستقرأها وردها الى أدلتهـــا واستخرج بذلك الاستقراء منهج أصولي واضح أعلن عنه (3) .

---

1) ولي الله الدهلوي أشار اليه ونقل عنه أبو زهرة / جعفر الصادق / ص 177 ، 178 .
2) الخطيب البغدادي / حيث تعرض لسيرة أبي حنيفة ، وذكر كيفية ابتداء أبي حنيفة في النظر في العلم فقال : لما أردت طلب العلم جعلت أتخير العلوم وأسأل عن عواقبها فقيل لي القرآن ... وقيل لي الحديث ... ثم النحو ثم الشعر ... ثم الفقه ، فقلت ليس في العلوم أنفع من هذا فلزمت الفقه وتعلمته ، ونفس الشيء حدث مع الامام مالك مع اختلاف بسيط في التفاصيـــل راجع في ذلك القاضي عياض / المرجع السابق / ج1 / ص110 ومابعدها . والشافعي تاريخ مشابه .
3) القاضي عياض / المرجع السابق / ج1 / ص77 . 78 . أحمد أمين / ضحى الاسلام / ج2 / ص160 . 161 نادية شريف العمري / المرجع السابق / ص321 . 322 . شعبان محمد اسماعيل / ص24 . 25 .

فأبو حنيفة أعلن منهجه اني آخذ كتاب الله اذا وجدته ، فما لم أجده آخذ بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم والآثار الصحاح عنه التي فشت في أيدي الثقاة ، فان لم أجد في كتاب الله ولا في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم أخذت بقول أصحابه ، آخذ بقول من شئت منهم ، وأدع قول من شئت ولا أخرج من قولهم الى قول غيرهم ، فأما اذا أنتهى الأمر الى ابراهيم النخعي والشعبي وابن سيرين والحسن وعطاء وسعيد بن المسيب ، فقوم اجتهدوا فأجتهد كما اجتهدوا والامام مالك حدد منهجه وأصول مذهبه ، بأنها الكتاب والسنة والاجماع والقياس وعمل أهل المدينة وقول الصحابي .

هكذا انتهت كل مدرسة الى امام من الائمة المجتهدين الذين تأثر كل واحد منهم بما سبقه يلتقي مع غيره في التمسك بالمصادر الأصلية الكتاب والسنة والاجماع والقياس، وان كان يختلف في التفاصيل المتعلقة بكيفية الاستنباط من الكتاب وشروط قبول السنة الى آخر المسائل التي تعتبر في الحقيقة هي أساس المذهب وعموده الفقري ، أما لبّه فهو الشريعة التي اختلف في طريقة الوصول اليها وبيان أحكامها ، أما ماعدى المصادر الأصلية فيختلفان .

كان الاختلاف كبيرا نوعا ما بين المنهجين ، وأسرف أنصار الاتجاهين أو الامامين في التعصب لامامه ، والطعن في منهج الآخر ، أهل الرأي الذين أصبحوا أحنافا يعيبون على أهل الحديث الذين كان يمثلهم الامام مالك ، الاكثار من الرواية التي هي مظنة لقلة الفهم والتدبير وأهل الحديث يشنعون على أهل الرأي بأنهم يأخذون في دينهم بالظن ويحكمون العقل في الدين ، لكن هذا لم يستمر طويلا اذ سرعان ماظهر الامام الشافعي سليل مدرسة ابن عباس فأخذ علم الاتجاهين وأطلع على أسباب الاختلاف ، وانتهى من ذلك الى وضع القواعد والقوانين التي يحتكم اليها الجميع ، وهي أصول الفقه فضاقت دائرة الاختلاف ، وعندما دونت السنة في القرن الثالث أصبحت كل الأحاديث معروفة ومشهورة درست أسانيدها ، فضعف منها ماضعف وحسن ما حسن فضاقت الدائرة أكثر وزاد في ذلك الرحلات العلمية ، والمناظرات ، فأصبحت المذاهب قريبة من بعضها جدا وهي الآن ثروتنا الفقهية ، التي تكونت نتيجة البحث العلمي .

المبحث الثاني

الأحزاب السياسية وأثرها في الاجتهاد

انقسم المسلمون بعد مقتل عثمان بن عفان رضي الله عنه ، كما أشرنا من قبل الى أحزاب سياسية ، استقلت بنظرياتها في الخلافة ، وكان هذا الاستقلال أساسا لمذاهب فقهية ، هي مذاهب الشيعة ، والمذهب الاباضي ، ففقه هذه المذاهب مطبوع بطابع سياسي تأثر به ، وخالف مذاهب الجمهور ، ويتجلى هذا الخلاف في بعض المصادر وفي بعض الفروع .

ولما كان الرأي الذي ذهب الى الأخذ بجميع المذاهب اعتمادا على نظرية المصادر وحدها واعتبرها كافية ، وهي في الحقيقة غير كافية ، لأن العقيدة السياسية أثرت في الناحية العلمية وأعطت معاني مختلفة لبعض المصادر ، ليس هي نفس المعاني المعمول بها في المذاهب الأخرى .

ولما كانت دراستنا ليست دراسة مقارنة بين المذاهب ، وانما تتعلق بمدى امكانية الأخذ بجميع المذاهب ، دون قيد أو شرط أم لا ، وما هي الأسباب التي تحول دون ذلك .

لذا سنتعرض في هذا المبحث للأسباب السياسية في فرعين أحدهما ، نعرض فيه لمناسبة ظهور الأحزاب المختلفة ، ونظرياتها ، وفي الثاني آثار السياسة .

الفرع الأول : مناسبة ظهور الأحزاب ونظرياتها

سبب ومناسبة ظهورها :

كان السبب الرئيسي والظاهر لهذه الأحزاب هو النزاع حول الخلافة أما مناسبة ظهورها فهي حرب صفين وما حدث فيها من رفع المصاحف وقبول التحكيم .

الخلافة :

توفي الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولم يحدد لمن يكون الأمر بعده ، واجتهد الصحابة فيها كما سبق بيان ذلك ، والخلاف الذي ظهر بينهم ، والمناقشة التي تمت بين المهاجرين

والانصار في سقيفة بني ساعدة ، لم يدرحوا أساس السلطة ، وانما دارحوا لمن تكون السلطة لأن أساسها كان واضحا وهو أن من يتولى الخلافة لايخلف الرسول الا في قيادته الأمة وادارة الشؤون العامة ، والسهر على تطبيق أحكام الشرع في حدود الدين ، ومصدر هذه السلطة أو الولاية هي البيعة ، التي تتم له على هذا الأساس ، كما تمت للرسول من قبل ، فهو أيضا قد بويع أكثر من مرة[1] ، لكن الخليفة يختلف عن الرسول ، في أن سلطته التشريعية محدودة ، بينما الرسول سلطته مطلقة لخصوصيته ، فسلطة الخليفة التشريعية ، تنحصر في تفسير النصوص وتأويلها ، والاجتهاد فيما لانص فيه ، ان أصاب أعانوه وان أخطأ أو قصر أرشدوه وقوموه هذا ماذكره أبو بكر في خطبته بعد بيعته ، وماقاطع به أحد الأعراب عمر بن الخطاب وهو يخطب على هذا الأساس تولى أبو بكر ، وعمر ، وعثمان ، لكن في الفترة الأخيرة من خلافة عثمان بن عفان بدأت حركة تذمر تنتشر في أطراف الدولة الاسلامية ، وانتشر السخط في بعض أجزائها ، وكان من أسباب ذلك أساس السلطة ، فقد طرح من جديد[2] ، وأدى هذا التذمر الى قتل عثمان بن عفان وبويع علي بن أبي طالب خليفة جديدا للمسلمين ، غير أنه حدث وخرج طلحة والزبير الى مكة أولا ، ثم الى العراق مع أم المؤمنين عائشة ، وكان معاوية بن أبي سفيان واليا على الشام منذ خلافة عمر واستمر عليها في خلافة عثمان ، ولم يدخل في بيعة علي ولم يمتثل لأوامره بالتنحي واشترط لدخوله في البيعة أن يسلم له قتلة عثمان القصاص منهم .

خروج طلحة والزبير انتهى بوقعة الجمل[3] وبمقتل طلحة والزبير وانسحاب عائشة ، أما معاوية فقد سار اليه الخليفة ، والتقى الجمعان في صفين ونشب القتال بينهما في أواخر سنة 36 هـ ، وبداية سنة 37 هـ .

1) بويع الرسول صلى الله عليه وسلم عدة مرات أهمها بيعة العقبة الثانية وبيعة الرضوان مثلا ، أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافري ، السيرة النبوية/ تحقيق جماعة من الاساتذة/ الحلبي / القاهرة/ ط2/ ج 2/ ص 438 ومابعدها . ج3/ ص 315 .

2) راجع الشهرستاني/ المرجع السابق/ ج1/ ص26 . أبو الحسن الاشعري ، حيث عرض المحقق المآخذ التي أخذت على عثمان . عمار طالبي/ آراء الخوارج الكلامية/ الشركة الوطنية للنشر والتوزيع / الجزائر 1978/ ج1/ ص 46 . حيث عرض الأسباب المختلفة للخروج .

3) اختلف في سبب هذا الخروج بل هو عصيانا لعلي وتمردا عليه ، أم هو لسد الفتق بين المسلمين وكذلك في سبب هذه الحرب ، تفاصيل هذا/ الطبري/ المرجع السابق/ ج5 . ابن الاثير/ ج2 . علي بن الحسين

لما أوشك معسكر معاوية على الهزيمة ، أمر جنوده برفع المصاحف على أسنة الرماح طلبا للتحكيم .

انقسم معسكر الخليفة على نفسه بعد رفع المصاحف ، اذ رأى قسم منه أن رفع المصاحف مجرد خدعة لجأ اليها معاوية اتقاء الهزيمة ، بينما رأى القسم الآخر والأكبر الاستجابة لقبول التحكيم وكان من الداعين لهذا الأخير جماعة من القراء ، وصل بهم الأمر الى تهديد الخليفة بتسليمه الى أعدائه أو يفعلوا به مثل مافعلوا بعثمان (1) ..

تم الاتفاق على أن يختار كل من الفريقين حكما ، اختار معاوية عمرو بن العاص ، وفرض أصحاب الخليفة أبو موسى الأشعري بعد التوصل الى الصلح ، عرضت وثيقته على من في معسكر الخليفة فرفضها (2) بعض من كان فيه ، بدعوى أنها تحكيما للرجال في أمر الله واعلن (لاحكم الا لله)، وأصبحت بعد ذلك شعار الحزب الخوارج .

بعد ما تم التحكيم وانتهى الى تلك النتيجة الغامضة والباهتة (3) خرج من بين أنصار الخليفة مجموعتين متناقضتين واستقلت كل واحدة منهما بآرائها في الخلافة ، وانتهت الى الاستقلال بمذهبها الفقهي .

بذلك الانفصال ظهر الحزب الشيعي ، وحزب الخوارج بصفة علانية ، وأعلن كل واحد منهما عن نفسه بصفة رسمية ، والاختلاف حول الخلافة لايكون له أثرا كبيرا لو اقتصر على المنصب السياسي

= بن علي المسعودي/ مروج الذهب ومعادن الجوهر/ تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد/ ط4/ 1964 المكتبة التجارية / القاهرة/ ج2 . ابن قتيبة / المرجع السابق/ ج1/ ص56 ومابعدها .

1) المراجع السابقة/ الطبري/ ج6/ ص27 ومابعدها . ابن الاثير/ ج3/ ص160، 161 . المسعودي/ ج2 ص400 ، الثابت حسب المراجع ان الخليفة لم يكن من أنصار قبول التحكيم ، وكذلك بعض المخلصين له كالاشتر النخعي وكان من أشد الناس الحاحا على الصلح ، الاشعث بن قيس، أما القراء فان لهم دورا في هذه الحرب، فقد كانوا في البداية يحاربونها بالوقوف بين الصفوف وبعد ذلك أبلوا مع الخليفة بلاء حسنا وبعد رفع المصاحف أيدوا التحكيم، وكان من أشد هم تأييدا له حرقوص بن زهير السعدي ، ومسعر بن فدكي التميمي الذين أصبحوا بعد ذلك من الخوارج .

2) اختلف في قائل هذه العبارة لكن الراجح انه عروة بن اديه ، أحد الخوارج قتله زياد بن أبيه بعد ذلك .

3) عمار طالبي/ المرجع السابق/ ص87 ، فقد اعتبر نتيجة التحكيم مهزلة غير ثابتة تاريخيا ، حيث أحاط بها الشك وأنكرها بعض المحدثين انكارا تاما وحق لهم ذلك ، فقد أورد رواية أبوبكر بن العربي الذي أثبت عن طريق اسناد أهل الحديث ان عمرو بن العاص وأبوموسى الأشعري عزلا معاوية كذلك ووكلا الامر الى كبار الصحابة ، أما الخديعة المنسوبة الى عمرو بن العاص فهي خرافة، هذه الرواية تخالف الشائع والمسلم به عند أكثرية المؤرخين على الاقل .

فسيكون عند ئذ مجرد خلاف في قضية فرعية لا نص فيها ، ولا يؤدي بالتالي الى التمايز الحاد ، إلا أن النزاع اصطبغ بصبغة دينية ، وارتكز على أسس مستمدة من الكتاب وعلى الأحاديث النبوية ، فكل حزب استند على قاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وأولها حسب وجهة نظره ، وأصبحت وجهة النظر هذه ركنا في العقيدة عند بعض الأحزاب .

لكن هل كانت حرب صفين السبب المباشر لظهورهما ، أم كانت مجرد مناسبة فقط ؟ اختلف في هذا خاصة بالنسبة لحزب الخوارج ، أما بالنسبة للشيعة ، فقد ذهب رأي الى أنها ظهرت كفكرة سياسية محضة ، ثم اصطبغت بصبغة دينية في الفترة الأخيرة من خلافة عثمان ، وسنعرض هذه الآراء باختصار شديد بالقدر الذي يكفي لتوضيح الفكرة .

الشيعــــة :

يرد البعض التشيع لعلي الى ما بعد وفاة الرسول (1) ، اذ كان بعض الصحابة يرى أن عليا أحق وأولى بالخلافة من غيره من الصحابة ، لصفات توافرت فيه ولم تتوافر في غيره ، ككونه من آل البيت وزوجا لفاطمة بنت الرسول ، علاوة على المزايا التي امتاز بها على غيره من آل البيت ، من السبق في الاسلام ، وجهاده ، وعلمه ، وأن من كان يرى هذا من الصحابة سلمان الفارسي ، وأبوذر الغفاري والمقداد بن الأسود وعمار بن ياسر ، والزبير بن العوام (2) ، ونضيف نقلا عن بعض أصحاب هذا الرأي ان خلافة الرسول في ماله وفي مركزه كصاحب الأمر ظهرت لدى بعض آل البيت أنفسهم ، فقد نقل أحمد أمين نفسه عن البخاري عن ابن عباس رضي الله عنه أن العباس بن عبد المطلب عرض على علي بن أبي طالب أن يسأل رسول الله في مرضه الأخير عمن يكون له الأمر بعده ، فان كان لهم علموه وان كان في غيرهم أوصى بهم فرفض علي وقال : والله لئن سألناها فمنعناها لا يعطيناها الناس بعده واني والله لا أسألها (3) .

---

1) أحمد أمين/ فجر الاسلام / ص 267 . محمد سلام مدكور/ المدخل / ص 174 .
2) أحمد أمين/ ضحى الاسلام/ ج3/ ص 208 وما بعدها . أبو زهرة . الامام زيد / المرجع السابق/ ص 104 .
3) أحمد أمين/ فجر الاسلام/ المرجع نفسه . ابن قتيبة/ الامامة والسياسة/ ج1/ ص 12 .

هذه الرواية التي أوردها ابن قتيبة كذلك تدل على فكرة خلافة النبي في أمره المعنـوي كانت قائمة لدى بعض آل البيت ، ولكن المتيقن من ذلك غير قائم لدى علي خاصة . وهذا هو المهم هنا ، كما يدل طلب فاطمة رضي الله عنها والعباس ونساء النبي نصيبهم في ميراث الرسول في بيت المال وخاصة ماتعلق (بفدك) فلم يسلم لهم الخليفة بما طالبوا به كأصحاب حق شرعيين ، وانما تم الأمر وفقا لما هو معروف ، واستند الخليفة الى حديث الرسول (الأنبياء لايورثون) (1). فعلي رضي الله عنه لم يكن متأكدا ولاعالما بما يسند وجهة نظر الحق في الخلافة لا في المال ولا في رئاسة المسلمين فقول هذا اعتمادا على أنه كان رضي الله عنه من القلة القليلة من الصحابة الذين يعدون من أعلم الناس وفقا لرأي أهل السنة والذي بيده وحده مفاتيح العلم وفقا لرأي الشيعة .

تأكد عدم وجود النص بعد وفاة الرسول ، وبعد بيعة أبو بكر الصديق ، فقد بايعه الجميع مهاجرين وأنصارا باستثناء أبو سفيان بن حرب ليس حبا في علي وانما لسبب آخر ، وجماعة من بني هاشم منهم علي نفسه الذي تخلف مدة اختلف في تحديدها (2) ، مجاملة لزوجته فاطمة (3) بسبب ماكـان بينها وبين أبي بكر حول ميراث الرسول صلى الله عليه وسلم ، ولايفسر موقفه على أنه ضعف تجاهها وانما تأسيا وعملا بمنع الرسول من اغضابها ، عندما منعه من التزوج عليها (4) .

بعد وفاة فاطمة رضي الله عنها بايع علي أبا بكر ، وكذلك عمر بن بعده وعثمان بن عفـان لم يعاتب أحد أحدا منهم على توليه الخلافة ولم ينتقص من أي واحد ، كذلك لم يعاتب أحـدا أبا بكر على موقفه من ذلك ، هذا ماتم بصفة رسمية اذ لم ينكر أحدا على الخلفاء خلافتهم سـواء من آل البيت أو من غيرهم ، فقد نقل ابن قتيبة أن عليا رضي الله عنه عندما بايع أبا بكر ذكـر فضيلة أبو بكر وسابقته في الاسلام ، وان الرسول قدمه لتوحيد دين الناس ، فمن الذي يؤخره فـي توجيه أمر الدنيا (5) ، وقد كان هذا رأيه من قبل وفاة الرسول (6) ، لكن اذا كان هناك مايشير الى أن عليا

---

1) ابن سعد / المرجع السابق / ج 8 / ص 28 . ابن قتيبة / الامامة والسياسة / ج 1 / ص 18 / أبو الحسـن الاشعري / ج 1 / ص 46 .
2) الشهرستاني / المرجع السابق / ص 24 . ابن قتيبة / المرجع السابق / ص 18 . الاشعري / المرجع السابق / ص 44
3) الاشعري / المرجع السابق . المسعودي / المرجع السابق / ج 2 / ص 309 .
4) بنت الشاطئ / موسوعة آل النبي / دار الفكر العربي / بيروت / ط 1 / 1967 / ص 588 .
5) ابن قتيبة / المرجع السابق / ص 22 .
6) ابن سعد / المرجع السابق / ج 8 / ص 19 . فقد ذكر في احدى الروايات التي نقلها فيما يتعلق =

رضي الله عنه ، كما ذكره ابن قتيبة (من أنه رفض البيعة في البداية ، وأنه ذهب الى أبي بكر وهو يقول : أنا عبد الله وأخو رسوله ، فقيل له بايع أبابكر ، فقال أنا أحق بهذا الأمر منكم ، لا أبايعكم وأنتم أولى بالبيعة لي ، الى آخر ما انفرد به ابن قتيبة ، ولم تشر اليه المراجع الموثوق بهـا .(1)

كذلك لم يصدر عن الصحابة مابدل على انكارهم الصريح لتخطي علي وقد واتتهم الفرصة بعد ذلك ، عندما عهد أبو بكر لعمر بن الخطاب، فقد عارض البعض منهم هذا العهد لرأيهم في عمر وليس ترشيحا لعلي ، ولم يسلم الزبير لعلي بعد وفاة عمر بالأولوية في الخلافة فقد كانوا مرشحين باعتبارهم من ذوي السبق ومن المبشرين بالجنة ، وقام عبد الرحمن بن عوف باستشارة الناس، فأشار البعض بعلي ، وأشار البعض الآخر بعثمان واما انحصر الأمر بينهما اختار عثمان كما بينا من قبل(2) فهذا أيضا يدل على أن علي نفسه كان مقتنعا بأن الأمر شورى وليس ميراثا أو وصية ، وأن المتشيعين له سياسيا كانوا في عدد من كان يفضل عثمان .

ننتهي من هذا الى أن فكرة التشيع لوكانت لدى بعض الصحابة عقيدة سياسية ، أو كان هناك نصوص حقيقية لجهروا بها ، وليس هناك مايمنعهم خاصة المشهورين منهم بالصراحة ، أمثال أبو ذر الغفاري ، ولكان آل البيت تمسكوا به . فاذا كان لهؤلاء الصحابة رأيا في علي ، فانه كان كرأي الأنصار في البداية عندما هموا بتعيين خليفة منهم ، واجتهاد بالرأي ليس له مايؤيده من آثار الرسول ، ونعتقد أن هذا ماقصده الأساتذة أحمد أمين وأبو زهرة ، ومذكور ، وهم لا يربطون بين الصحابة المتشيعين لعلي وبين الشيعة الذين قالوا بأن سكوت علي كان تقية ، وان هناك تقصيرا في فهم النصوص، وان تعيين أبو بكر وعمر وعثمان كان اغتصابا لحقوق آل النبي ، فهذه مزاعم خلقها رأس الفتنة عبد الله بن سبأ .

= بزواج علي من فاطمة رضي الله عنهما ان آهل علي أشاروا عليه بخطبتها ، وكان الشيخان قد خطبها كل واحد منهما لنفسه قبل ذلك، فترد د علي رضي الله عنهم جميعا .وتساءل أبعد أبي بكر وعمر؟ .

1) ابن قتيبة / الامامة والسياسة ج 1 ص 18 .
2) ابن قتيبة / المرجع السابق/ ص 24 ، 25 .

وعبد الله بن سبأ هذا ، كان من يهود اليمن أسلم في خلافة عثمان (1) ، تنقل في البلاد الاسلامية لاثارة الفتنة ، فذهب الى الحجاز والكوفة والبصرة والشام ومصر ، وخلاصة مؤامرته التي حاكها باسم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ان الخلفاء الثلاثة غاصبون وان لكل نبي وصيا ، وان علي وصي محمد للخلافة ، وان الناس لم يعملوا بأمر النبي صلى الله عليه وسلم ويلزمهم أن يقروا بحقه وأن روح الله حلت في كل نبي ، وقد انتقلت بعد وفاة محمد الى علي ، وقد نفاه كل من الخليفتين عثمان وعلي بسبب نشاطه وآرائه المريبة .

ظهر هذا اليهودي سنة 30 للهجرة ، حيث ذكر الطبري لأول مرة (2) ونشر فكرته وقبلها بعض الناس وعمل بها ، وقد ظهر أثره بعد حرب صفين عندما أعلن بعض من كان مع علي هذه العقيدة صراحة باستتابهم وامعنوا في موقفهم فاضطر الى قتلهم حسب بعض الروايات .

فالتشيع الحقيقي والواضح ظهر في خلافة عثمان واعتنقه عدد قليل جدا من الناس ، أما مايذكر بشأن الصحابة السابقين فلا يستبعد أن يكون الشيعة هم الذين ابتدعوه .

أما كيف انتشرت فكرة ابن سبأ وقبل بها بعض المسلمين ، فقد أشرنا في الفرع السابق عندما تعرضنا لأسباب الوضع في الحديث والدوافع الى ذلك ، ونضيف هنا الى ماسبق ، ان عدم فهم بعض الناس للاسلام على حقيقته ، وكون ايمانهم سطحيا ، جعل قبول مثل هذه الافكار ، أي فكرة ابن سبأ المخالفة بخلاف ديني سهلة ، ورغم هذا فان دور ابن سبأ كان محدودا للغاية ، يدل على هذا أنه بعد مقتل عثمان لم تكن الوفود متفقة على تعيين شخص معين (3) ، وانما كانت منقسمة ، فالكوفيون كانوا يرغبون في الزبير ، والبصريون يرون مبايعة طلحة ، والمصريون كانوا يرغبون في علي ، وأن رؤساء بعض الوفود قد خرج على علي بعد ذلك بقليل ، ورماه بالكفر ، كحرقوص بن زهير السعدي الذي كان على رأس الوفد البصري (4) .

---

1) راجع تفاصيل هذا ، عمار طالبي / المرجع السابق/ ص66 ، 79 .
2) الطبري / المرجع السابق/ ج5/ ص66 .
3) الطبري/ المرجع السابق/ ج5/ ص104 . ابن الاثير/ المرجع السابق/ ج3/ ص80 .
4) الطبري/ المرجع السابق/ ص103 . ابن الاثير / المرجع السابق/ ص79 . أبو زهرة/ ص44 .

لعل بعد هذا يبين لنا أن الرأي المنسوب الى الصحابة ، وأنه تطور بعد ذلك وانتشر حتى اعتنقه الناس ، ليس له أي أساس ، اذ لاعلاقة بين هؤلاء والتشيع بالمعنى الذي عرف بعد مقتل عثمان ، واذا كان بعض الصحابة يرى أولوية علي فان ذلك كان مجرد وجهة نظر سياسية شأنهم في ذلك شأن الانصار الذين هموا بتعيين خليفة منهم ، وشأن من كان يرى عثمان بعد مقتل عمر ، أما أثر ابن سبأ في الفتنة بصفة عامة ، فانه كان أحد أسبابها وليس السبب الرئيسي ، لأن القول بغير ذلك معناه ان الصحابة والتابعين كانوا كلهم من السذاجة والغفلة حتى ضحك عليهم شخص واحد واشعل الفتنة بينهم (1) ، فالفتنة في الواقع قامت لأسباب كثيرة مختلفة منها ماهو عصبي ومنها ماهو مالي ومنها ماهو فكري (2) ، يدل على هذا أن الذين بايعوا عليا وأيدوه بعد ذلك وشاركوا معه في حرب الجمل وصفين ، وفي قتال الخوارج لم يكونوا كلهم مندفعين وراء فكرة أحقية علي وأفضليته في الخلافة ، ولا ينالون من خلافة من سبقه ، فقد أيدوه ونصروه ؛ لأنه الخليفة الذي انعقدت له البيعة ، وهو ولي الأمر والقائم بالمعروف والناهي عن المنكر (3) ، أما الشيعة بالمعنى الاصطلاحي ، فقد كانوا فرقة ضئيلة العدد بالقياس الى من كان معه ، وهؤلاء هم السبائية ، ومن رأى رأيهم ، وهم الذين أعلنوا على أنفسهم ، كما أشرنا من قبل بعد حرب صفين .

والشيعة فرقة من المسلمين ترى أن الخلافة ليست من المصالح العامة يتولاها الأفراد (4) باختيار العامة ، وينصبون في منصبهم بناء على ذلك ، وانما هي قضية أصولية ، من أركان الدين يتولى الرسل بيانها وأنه لايجوز لهم اغفالها أو اهمالها أو تفويضها الى العامة ، بل يجب عليهم تعيين الامام ، ويكون معصوما من الكبائر والصغائر (5) .

---

1) حاول ابن سبأ الاتصال ببعض الصحابة في الشام كابن الدرداء وعبادة بن الصامت فكشفوا حقيقته وعرفوا دوره ، فقد قال له أبو الدرداء من أنت أظنك والله يهوديا ، أما عبادة ابن الصامت فأمسك به وحمله الى معاوية وقال له هذا والله الذي بعث اليك أبا ذر ، وكان أبو ذر قد أظهر رأيه في الزهد وأن المال مال المسلمين وكان رأيه أن يحمل الخليفة الناس على الزهد وأن يدعوهم الى الاجتهاد والاقتصاد الى آخر الافكار التي يراها بعض المعاصرين أفكارا اشتراكية/ الطبري/ ج5/ ص66.
2) عمار طالبي/ المرجع السابق/ ص46 ومابعدها .
3) تعليق محمد محي الدين عبد الحميد على الاشعري/ ص65 ، 66 .
4) ابن خلدون/ المقدمة/ ص697 . الشهرستاني/ المرجع السابق/ ص146 . الاشعري/ المرجع السابق ص65 . ابن قتيبة/ المعارف/ ص622 أبو زهرة/ تاريخ المذاهب/ ج1/ ص42 . أبو زهرة/ الامام زيد/ ص105 . الامام جعفر الصادق/ ص186 . أحمد أمين/ فجر الاسلام/ ص268 .
5) العصمة لاتقول بها جميع فرق الشيعة وانما بعض فرقها فقط ، وسنتعرض لهذا فيما بعد . ابن قتيبة / المعارف/ الشيعة / ص622 ، 623 .

وبالنسبة للنبي محمد صلى الله عليه وسلم ، فان وصية علي بن أبي طالب كرم الله وجهه[1] وقد أوصى له النبي بالنص عليه[2] ، وان الامامة تنتقل الى ذريته من بعده لا تخرج عنهم ، وان خرجت فانما يكون ذلك الخروج بظلم الغير لهم أو سكوتهم (التقية) .

هذا هو تعريف الشيعة ، وهو في الحقيقة عام ، فيه بعض العناصر التي لا تنطبق على بعض الفرق الذي يجمعها في الواقع هو القول بأن علي بن أبي طالب هو الامام المختار ، أما باقي المسائل فمختلف فيها ، وقد آثرنا التعريف السابق ، الذي مزجنا فيه بين التعاريف المختلفة مزجا يحقق الغرض ، لأننا نرى ان المطلوب منا ليس بحثا في فرق الشيعة وانما بيان الافكار الرئيسية لهذا الحزب ، بالقدر الذي تتضح أهم آثاره في الفقه .

فالشيعي اذا هو من يؤمن بالمائية في الاسلام المحددة في شخص معين ونسله من بعده لأنه أفضل الخلق بعد النبي صلى الله عليه وسلم ، وأعلاهم منزلة في الجنة ، وأنه معصوم[3] ، وكذلك من يأتي بعده من الائمة عند بعض الفرق الذين تنتقل اليهم الامامة بالوصية .

هذا هو مفهوم الشيعي ، ومفهوم الامامة عندهم ، وهو يخالف وجهة نظر جميع المسلمين الذين يرون أنها تتم بالتعيين الحر من قبل أهل الحل والعقد ، ويترشح لها كل مسلم قادر عليها ، وان كانت الأولوية تكون لأكفأ قريش دون تحديد أسرة معينة أو محددة[4] .

هكذا نشأ هذا الحزب ، وهذه هي أفكاره الرئيسية ومفهومه للخلافة ، وأتباعه هم الذين يعتبرون هذه الافكار ركنا من أركان العقيدة ، عند بعض الفرق ، ومدته الى جوانب أخرى ، كما

---

1) يعتمد الشيعة في مقالاتهم على آثار معينة ، ولكنهم اختلفوا في تأويلها ، الزيدية رأيا وللامامة رأيا في هذا .
2) اتفقت الشيعة على أن الخلافة في ذرية علي ، ولكنها اختلفت في مساق الخلافة ، بعضهم قصرها على الاسباط أي الفاطميين وبعضهم مدها الى غيرهم من أبناء علي كمحمد بن الحنفية وخلفه ، ومن طريق من يرى أن الخلافة في أبناء علي عموما آلت الخلافة الى بني العباس ، لان هاشم ابن محمد الحنفية كان يشترك مع العباسيين في الدعوة ولم يكن له أولادا ، عند وفاته أوصى لهم ، هكذا ذكره ومن الفرق المعروفة بهذا الكيسانية الذين كانوا مع ابن عبيد الثقفي الذي أشرنا اليه من قبل .
3) راجع ابن حزم/ الفصل في الملل والنحل/ ج 2/ ص 270 . حيث ناقش رأي الشيعة في أفضلية علي على بقية الصحابة وآراء هؤلاء في نهج البلاغة / مجلد 4 / ص 217 وما بعدها .
4) ابن حزم/ المرجع السابق/ ج5/ ص13 . أبو زهرة/ تاريخ المذاهب/ ج 1/ ص86/ صلاح الدين دبوس/ المرجع السابق/

اختلفت في الأخذ بها أي بالفكرة ، بعضها تطرف في هذا حتى خرج من الدين ، وبعضها اعتدل فيه ولم يخرج من العقيدة ، وان كان الجمهور لا يتفق معه .

أما في الفقه فان للشيعة مذاهب خاصة بها ، لكن أقل بكثير من عدد فرقها ، التي اختلف كتاب المقالات في عددها تبعا لاختلاف مناهجهم، (1) ومذاهب الشيعة المعروفة ترجع الى فرق معتدلة لم تتطرف ، هي الفرق الامامية الاثنى عشرية ، والفرقة الزيدية والتي انعكست آرئها عليه ، أي على الفقه ، وطبعته بطابع معين يظهر هذا الطابع أكثر مايظهر في نظرية المصادر وعلى هذا سنقتصر على الفرق التي لها فقه معروف ، (2) ونركز على الافكار الاساسية المتعلقة به .

الفرقة الأولى من فرق الشيعة التي لها فقه خاص، هي الفرقة الامامية الاثنى عشرية ، وهي احدى فرق الروافض الذين يرفضون امامة (3) من سبق علي الى الخلافة من الصحابة ، ويعتبرونهم مغتصبين لحق علي في الخلافة ، وطعنوا فيهم ، وهي من أكبر الفرق وأكثرها عددا ، وفقهها منسوب الى أحد أئمتها جعفر الصادق ، وأهم مبادئها يتجلى في معنى الامامة ودور الائمة .

مفهوم الامامة :

اتفق الصحابة على تعيين الخليفة وحددوا سلطته بعد ما ظهرت الشيعة ، كانت ترى أن عليا أولى بالخلافة والامامة والرئاسة لأنه الوصي حسب رأيها ، دون أن تبين مدى هذه الامامة هل يقتصر على الناحية السياسية أم يمتد الى التشريع كذلك ، بحيث يحق له أن يشرّع كما يشاء وتقبل آرائه دون مناقشة ، ولكن تطور الأمر بعد ذلك وأصبح للامامة معنى آخر يختلف تمام الاختلاف عن المعنى الذي يأخذ به جميع المسلمين ، فقد أصبحت ركنا في العقيدة وأسند لها دورا تشريعيا ، يختلف عن دور الامام في مفهوم جمهور المسلمين ، الذي يطلقه على الحاكم

1) راجع في هذا الشهرستاني / المرجع السابق/ ج1/ ص148 . أبو الحسن الاشعري/ المرجع السابق / ج1/ ص66 ومابعدها . موسوعة جمال عبد الناصر / ص36 .

2) من الفرق التي لها مذاهب كذلك الفرقة الاسماعيلية، وهي من فرق الامامية يطلق على مذهبها المذهب الاسماعيلي والفاطمي، وفقهها غير معروف وغير واضح ، ومن فروع هذه الفرقة ، الدروز في لبنان والعلويين في سوريا ، موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي / ج1/ ص32 . بدران أبو العينين بدران/ المرجع السابق/ ص226 ومابعدها .

3) الشهرستاني / المرجع السابق/ ج1/ ص164 . أبو الحسن الاشعري / المرجع السابق/ ج1/ ص88 .

وعلى العالم المجتهد في الفروع ولايشترط أن يجمع بين الصفتين ، فمن الممكن أن تجتمع الصفتان ، وهذا كما كان هو الشأن بالنسبة للخليفة عمر بن عبد العزيز ، وقد لاتجتمع وهذا هو الغالب .

لكن الامامية يجمعون بين الصفتين ويرونها متوفرة في أئمتهم (1) ، لعقيدتهم الخاصة ، وقد اختلف في من أعطى للامامة هذا المعنى فالاستاذ أحمد أمين مثلا يرى أن الامام جعفر الصادق (2) هو الذي أعطى للامامة هذا المعنى ، اعتمادا على مارواه الكليني ، لكن الشيخ أبو زهرة ذهب الى خلاف ذلك ، فقد برّأ آل البيت من كل ماقيل في حقهم في هذا المجال (3) .

أما طريق ثبوت الامامة فيذهب الشيعة الامامية الا أن هنالك نصوصا وآثارا دلت على هذه الوصية ، بعضها جلي وبعضها خفي ، وان هذه النصوص تعين علي بالشخص تعيينا صادقا ، وان الصحابة قصروا في فهم هذه النصوص ولم يحترموها ، واغتصبوا حق علي في الخلافة والامامة ، وان من جاء بعده فان الامام السابق يوصي الذي بعده ويعينه (4) .

والنصوص التي يعتمدون عليها والتي تعين علي وصفا ظاهرا ، قوله صلى الله عليه وسلم (من كنت مولاه فعلي مولاه) ، ولم تطرد هذه الولاية الا في علي ولهذا قال له عمر بن الخطاب (أصبحت مولى كل مؤمن) ومنها قوله (هذا أخي ووصي وخليفتي من بعدي فاسمعوا له وأطيعوا) وهو يومئذ صبي لم يبلغ الحلم ، وكرر قوله له في عدة مرات (أنت بمنزلة هارون من موسى الا أنه لانبي بعدي) ومنها قوله (أقضاكم علي) ولامعنى للامامة الا القضاء بأحكام الله ، وهو المقصود بأولى الأمر الواجب طاعتهم بقوله تعالى (وأطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم) والمراد الحكم

---

1) هذا الجمع بين السلطتين الزمنية والمدنية مختلف فيها أيضا عند الأمامية ، فبعضهم يرى أنهم يجمعون بين الامامتين ، في حين يرى البعض خلاف هذا ، وان الامامة تقتصر على الناحية الدينية فقط أي التشريع ، راجع في الرأي الأول الشيخ تقي الحكيم / المرجع السابق/ ص 162 ومابعدها والذي يقصرها على التشريع فقط محمد رضا المظفر ، عقائد الامامية / دار النعمان للطباعة والنشر النجف/ العراق/ ط1/ 1370هـ . حيث عرض هذه الفكرة بقوله (ولا يهمنا في هذه العصور اثبات أنهم هم الخلفاء الشرعيون ، وأهل السلطة الالهية فان ذلك أمر مضى في ذمة التاريخ وليس في اثباته مايعيد دورة الزمن من جديد أو يعيد الحقوق المسلوبة الى أهلها وانما الذي يهمنا منه ماذكرنا من لزوم الرجوع اليهم في الأخذ بأحكام الله الشرعية) ص 70 .

2) أحمد أمين/ ظهر الاسلام/ دار الفكر العربي/ بيروت/ ط5/ 1969 . ج4/ ص109 .

3) أبو زهرة الامام/ جعفر الصادق . حيث تعرض لهذه المسألة في أكثر من مكان في كتابه .

4) الشهرستاني/ المرجع السابق/ ج1/ ص164 ومابعدها . المظفر/ المرجع السابق/ ص75 .

والقضاء .(1)

ومن النصوص الخفية بعث النبي عليا لقراءة سورة براءة في الموسم ، حين أنزلت فانه بعث بها أولا ، أبا بكر ثم أوحى اليه ايبلغه رجل منك أو من قومك فبعث عليا ليكون القارئ المبلغ قالوا وهذا يدل على تقديم علي ، وأيضا فلم يعرف أنه قدم أحدا على علي ، وأما أبو بكر وعمر فقدم عليهما في غزوتين أسامة بن زيد وعمرو بن العاص .(2)

هذه أدلة شاهدة على تعيين علي للخلافة دون غيره ، أما بعد علي فان الامام هو الحسن وبعده الحسين ، وبعده علي زين العابدين ، محمد الباقر ، جعفر الصادق امام المذهب ، بعده موسى بن جعفر عند الاثنى عشرية ، ثم علي بن موسى الرضا ، محمد التقي ، ثم علي التقي ، الحسن العسكري الزكي ، وآخرهم محمد المهدي وهو المنتظر ويقولون انه لم يمت وانما اختفى ، وانه سيخرج في آخر الزمان فيملأ الأرض عدلا .

أما سبب هذه الوصية وانتقالها فانهم يبررونها بأن الرسول بعث لرفع الخلاف ، وتقرير الوفاق وأنه لايجوز أن يفارق الأمة ويتركهم هملا يرى كل واحد منهم رأيا ويسلك طريقا لايوافقه عليه غيره بل يجب أن يعين شخصا هو المرجع اليه وينص على واحد هو الموثوق به والمعول عليه وقد عين عليا بالطريقة التي أشرنا اليها من قبل .

فدور الامام مكملا لدور الرسول ، لأن الأمة في حاجة الى من يرشدهم ويوجههم ويبعدهم عن الخطأ ، ولهذا أمر الرسول بتعيين الوصي الذي يجب أن تتوافر فيه عدة صفات حتى يقوم بدوره وأهم هذه الصفات العصمة والعلم الشامل ، والعصمة هي التنزه عن الذنوب والمعاصي صغائرها وكبائرها ، وعن الخطأ والنسيان ، وان لم يمتنع عقلا عن النبي أو يصدر منه ذلك ، بل يجب أن يكون(3)

---

1) الشهرستاني / المرجع السابق/ ص163 . ابن خلدون / المقدمة/ ص698 ، 69 . المظفر/ المرجع السابق/ نفسه . حيث أضاف آية (انما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا الذين يؤتون الزكاة وهم راكعون) المائدة 54 . قال بأن هذه الآية نزلت في علي عندما تصدق بالخاتم وهو راكع .
2) ابن خلدون/ المرجع السابق نفسه/ الشهرستاني / المرجع السابق/ ص164 . أبو زهرة/ تاريخ المذاهب/ ج1/ ص52 ، 53 .
3) الآمدي / المرجع السابق/ ج1/ ص242وما بعدها ، الشوكاني / المرجع السابق/ ص32 ، 33 . فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت / ج2/ ص229 . الشاطبي / ج4/ ص83 .

منزلها حتى عما يتنافى مع المروءة ، كالتبذل بين الناس من أكل في الطريق أو ضحك عال ، وكل عمل يستهجن فعله عند العرف العام

هذه الصفة اتفق الجمهور على اثباتها للرسل والأنبياء عليهم السلام ، بعد بعثتهم خاصة أما قبل البعثة فاختلفوا ، فالأقل ينفي عنهم العصمة قبل النبوة وبعدها ، والأكثرية يثبتها لهم مع اختلاف في سند ذلك هل هو العقل أو النقل ، لكن الامامية خالفت هذا وأثبتت العصمة للأنبياء قبل النبوة وبعدها ، ثم أثبتوها كذلك للأوصياء ، أي الأئمة والدليل على وجوب العصمة (أنه لو جاز أن يفعل النبي المعصية أو يخطأ أو ينسى ، وصدر منه شيء من هذا القبيل ، فاما أن يجب اتباعه في فعله الصادر منه عصيانا أو خطأ أو لا يجب ، فان وجب اتباعه فقد جوزنا فعل المعاصي برخصة من الله تعالى بل أوجبنا ذلك وهذا باطل بضرورة الدين والعقل ، وان لم يجب اتباعه فذلك ينافي النبوة التي لابد أن تقترن بوجوب الطاعة أبدا .

على أن كل شيء يقع منه من فعل أو قول فنحن نحتمل فيه المعصية أو الخطأ ، فلا يجب اتباعه في شيء من الأشياء فتذهب فائدة البعثة ، بل يصبح النبي كسائر الناس ليس لكلامهم ولا لعلمهم تلك القيمة العالية التي لايعتمد عليها دائما ، كما لاتبقى طاعة حتمية لأوامره ولاثقة مطلقة بأقواله وأفعاله . وهذا الدليل على العصمة يجري عينا في الامام ، لأن المفروض فيه أنه منصوب من الله تعالى لهداية البشر خليفة للنبي)(1) فهم بهذا ينفون عنهم كل النقائص ، ومنها الخطأ في الاجتهاد أي التفسير والتأويل والاستنباط الى غير ذلك مما يتعلق بالاجتهاد فهم بهذا معصومون أي لم يرتكبوا من الذنوب صغيرها وكبيرها ولايقع منهم ذلك أصلا لاعمدا ولانسيانا ولاسهوا ولاغير ذلك ، ولايقع منهم ذنب سواء في امامتهم ولافي دور طفولتهم ، ويستندون في ذلك الى قوله تعالى

---

1) محمد رضا المظفر/ المرجع السابق/ ص54 . محمد تقي الحكيم / المرجع السابق/ ص147 وما بعدها ، فهم يثبتون العصمة للأئمة ، ومع ذلك يقولون بالتقية ، أي القول بغير الحقيقة والمداراة في حالة الخوف على النفس ، ويعتبرون الامام علي عندما سلم للذين قبله في الخلافة كان يأخذ بالتقية ، ولكن هنا اعتبرهم غيرسلم متناقضين في هذا مع مبدأ العصمة ، اذ كيف يكون الانسان معصوما ، ومعنى هذا أنه لايمكن أن يكذب وفي نفس الوقت يأخذ بالتقية ، وهي قول غير الحقيقة / مسلم الثبوت/ ص230 .

لابراهيم (اني جاعلك للناس اماما، قال ومن ذريتي، ثم قال لاينال عهدي الظالمين) واستنتجوا أو بنو على هذا ان كل مذنب فاسق ظالم لايصلح لأن يكون اماما من ارتكب حراما صغيرا كان أو كبيرا حتى ولو تاب بعد ذلك، فانه لايأمر باقامة الحدود من وجب اقامة الحد عليه فوجب أن يكون الامام معصوما .

والشيعة أسانيد كثيرة يعتمدون عليها ويأولونها حسب عقيدتهم . فمن القرآن قوله تعالى (انما يريد الله أن يذهب عنكم الرجس أهل البيت ويطهركم تطهيرا)(1) وقوله تعالى (يأيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فان تنازعتم في شيء فردوه الى الله والرسول)(2) ومن السنة حديث الثقلين (اني تارك فيكم ثقلين، أولهما كتاب الله فيه الهدى والنور، فخذوا بكتاب الله واستمسكوا به وأهل بيتي)(3) الى غير ذلك من الأدلة التي يعتمدون عليها ويأولونها تأويلا كما سبق، يتفق مع عقيدتهم، لكن الجمهور لايقر لهم بهذا التأويل، وان معنى الآية ليذهب عنكم الرجس لاتعني العصمة، وانما تعني في اللغة القذارة، وفي الشرع العذاب، وليس نفي الخطأ عنهم، كما اختلفوا معهم في المقصود بأهل البيت، بعضهم يدخل نساء النبي وعصبته .(4) ممن حرموا الصدقة بعده، وهم علي بن أبي طالب، وعقيل، وجعفر، والعباس أي أبناء عبد المطلب وذريتهم، كما نفوا أن يكونوا من أولي الأمر المقصودين بالآية السابقة، ورغم هذا فهم يصرون على هذا، ويقصرون آل البيت على فاطمة وعلي والحسنين رضي الله عنهم، وعلى الائمة الذين أتوا بعدهم حسب الترتيب السابق .(5) ينتهون من هذا الى أنه مادام الامام أو الائمة معصومين للشواهد السابقة الدالة على عصمتهم فان الخطأ والسهو يكون منتفيا عنهم، ومن ثم تكون أقوالهم حجة لاتجوز مخالفتها .

1) سورة الأحزاب/ الآية 33 . تفسيرها في الطبري/ ج2/ ص6 . 7 . 8 . وفي القرطبي/ ج8/ ص5264 .
2) سورة النساء / الآية 59 . تفسيرها في الطبري/ ج5/ ص147 وما بعدها . القرطبي/ ج3/ ص1829 . الفخر الرازي/ التفسير الكبير/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع / بدون تاريخ/ ج10 ص147 ومابعدها فالمعنى الذي اتفق عليه هؤلاء المفسرون هو أن معناها ينصرف الى الأمراء والفقهاء ولاتعني الائمة بالمفهوم الشيعي، وقد اعتبر القرطبي هذا القول مهجورا .
3) الحديث ورد بروايات كثيرة . أخرجه مسلم كما في المتن/ صحيح مسلم/ ج15 . ضمن الأحاديث الواردة في فضائل الامام علي، ولكن الرازي أدخل عصبة النبي ضمن آل البيت .
4) راجع المراجع السابقة/ هامش 1 . 2 . 3 . والشوكاني/ المرجع السابق/ ص83 .
5) الشيخ تقي الحكيم/ المرجع السابق/ سنة آل البيت/ ص149 ومابعدها .

أما العلم فانهم يعتبرون الائمة من أعلم الناس حتى يقوموا بالدور الذي أسند اليهم حسب الحكمة الالهية ، وعلمهم ليس مكتسبا وانما مودع بالوصية ، ويقول محمد رضا المظفر في هذا بعد التعرض لكمال الائمة (أما علمه فهو يتلقى المعارف والأحكام الالهية وجميع المعلومات من طريق النبي ، أما الامام من قبله ، واذا استجد شيء لابد أن يعلمه من طريق الالهام بالقوة القدسية التي أودعها الله تعالى فيه ، فاذا توجه الى شيء وشاء أن يعلمه على وجهه الحقيقي لايخطأ فيه ولايشتبه ولايحتاج الى البراهين العقلية والى تلقينات المعلمين ، وان كان علمه قابلا للزيادة والاشتداد ... فلذلك نقول وهو ممكن في حد ذاته ، ان قوة الالهام عند الامام التي تسمى بالقوة القدسية تبلغ الكمال في أعلى درجاته ، فيكون في صفاء نفسه القدسية على استعداد لتلقي المعلومات في كل وقت وفي كل حالة فمتى توجه الى شيء من الاشياء وأراد معرفته استطاع علمه بتلك القوة القدسية الالهامية ، بلا توقف ولاترتيب مقدمات ولاتلقين معلم ، وتنجلي في نفسه المعلومات ، ويبدو هذا واضحا في تاريخ الائمة عليهم السلام ، كالنبي محمد صلى الله عليه وسلم ، فانهم لم يرتبوا على أحد ولم يتعلموا على يد معلم من مبدأ طفولتهم الى سن الرشد حتى القراءة والكتابة ، ولم يثبت عن أحدهم أنه دخل الكتاتيب .... وماسئلوا عن شيء الا أجابوا عليه في وقته ولم تمر على السنتهم كلمة لا أدري ، ولا تأجيل الجواب .... في حين أنك لاتجد شخصا مترجما له من فقهاء الاسلام ورواته وعلمائه الا ذكرت في ترجمته تربيته وتلمذته على غيره ، وأخذ الرواية أو العلم على المعروفين وموقفه في بعض المسائل) (1) .

فقد أثبتوا لهم العصمة والاحاطة الشاملة بجميع العلوم حتى يقوموا بدورهم التشريعي الذي يعتقد الامامية بشأنه ان الله سبحانه وتعالى حكما في كل واقعة حتى أبسط الأمور ، وان جميع أعمال المكلفين أو المخاطبين بأحكام الشريعة لها حكما معينا ، الوجوب أو الحرمة أو الندب أو الكراهة أو الاباحة ، وان جميع المعاملات سواء كانت مالية أو شخصية لها حكما كذلك ، هذه

---

1) رضا المظفر/ المرجع السابق / ص 67. 68. 69. وراجع عكس هذا الامام ، أبو زهرة . الامام جعفر الصادق / ص 33 ، 34 .

الأحكام جميعا أودعها الله نبيه صلى الله عليه وسلم وعرفها بالوحي والالهام بيّن بعضها وبقي بعضها لم يبين لعدم حصول مايستدعي ذلك ، وانه لذلك أودع مالم يبين عند أوصيائه ، كل وصي يعهد به الى الآخر لينشره في الوقت المناسب له حسب الحكمة .(1)

لهذه الأسباب جميعا اعتبروا الايمان بالامامة ركنا من أركان العقيدة ركنا خامسا الى جانب الأركان الأربعة الأخرى الصلاة والزكاة والصوم والحج ، وأقوال الأئمة تعتبر سنة،(2) وهنا خالفوا الجمهور في معنى المصدر الثاني من مصادر الفقه ، هذا بالنسبة لمعنى المصدر الثاني ، أما بقية المصادر فقد خالفوا ذلك في معنى الاجماع ،(3) وفي المصدر الذي يأتي بعد الاجماع وهو القياس عند الجمهور فان الامامية لايأخذون به وانما يأخذون بالعقل للروايات التي رويت عن أئمتهم في ذم القياس،(4) ولما كان الامام عندهم غائبا والشريعة قائمة على الاجتهاد ، فانهم اعترفوا بالمجتهدين ، وهم من توفرت فيهم شروط الاجتهاد ومن أهمها التشيع بعلم الأوصياء الى جانب الشروط الأخرى ، واعتبروهم نوابا للامام في حال غيبته ، والنائب أو نواب الامام لايقتصر دورهم على الفتوى فقط ، أي بيان حكم الشرع وانما يعتبرون حكاما لهم ما للامام من سلطة الفصل في القضايا والحكم بين الناس، والراد عليه راد على الامام والراد على الامام رادا على الله تعالى ، وهو على حد الشرك بالله ، وهذا الاختصاص لايجوز للغير أن يتولاه الا باذنه أي المجتهد ، كما لايجوز اقامة الحدود والتعزيرات الا بأمره وحكمه .(5)

---

1) أبو زهرة . جعفر الصادق / ص 86 . 87 . بدران أبو العينين بدران / المرجع السابق/ ص220، 221 ، 222 .
2) أبو زهرة / المرجع السابق/ ص189 . محمد الحسين كاشف الغطاء/ أصل الشيعة وأصولها/ القاهرة 1944 / ص 71 ومابعدها . محمد رضا المظفر/ المرجع السابق/ ص 65 . 66 .
3) أبو زهرة/ المرجع السابق/ ص 465 ومابعدها . الشيخ تقي الحكيم/ المرجع السابق/ ص253 ومابعدها . محمد جواد مغنية / علم أصول الفقه في ثوبه الجديد / دار العلم للملايين/ بيروت ط2/ 1982/ ص 225 ومابعدها . محمد رضا المظفر / المرجع السابق/ ص34 .
4) من هذه الروايات ما أخرجه الأصبهاني عن لقاء جعفر الصادق وأبو حنيفة ، ان جعفر الصادق قال لأبي حنيفة ان (نعمان حدثني أبي عن جدي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (أول من قاس أمر الدين برأيه ابليس قال الله تعالى أسجد لآدم فقال (أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين) فمن قاس الدين برأيه قرنه الله تعالى يوم القيامة بابليس لانه اتبعه بالقياس) الأصبهاني/ المرجع السابق/ ج3/ ص 196 ومابعدها الى ص199، حيث نقل اللقاء الذي تم بين الامامين وداروا الى القياس ، والغريب في الأمر ان الامام علي ، كان من أشهر الصحابة في استعمال القياس.
5) المظفر/ المرجع السابق/ ص 35 .

فالمجتهد عندهم له وظيفة تشريعية ووظيفة تنفيذية أي القضاء ، بينما عند الجمهور ، ليست متلازمة ، فالمجتهد يفتي فقط ، وتنفيذ فتواه يتولاه غيره من ينصب للقضاء ، الا اذا كان المجتهد هو القاضي نفسه ، كما كان الأمر في العصور الأولى ، فقد كان أبو يوسف مثلا اماما مجتهدا وكان قاضي قضاة الدولة ، وكان الشيخ عزالدين عبد السلام مجتهدا وقاضيا في نفس الوقت .

الفرقة الثانية من فرق الشيعة التي لها فقه ومذهب منسوب اليها ومعروف ، هي الفرقة الزيدية (1) ، وهذه الفرقة في الحقيقة مقالاتها في الامامة مزيج من مقالات الفرق الأخرى الشيعة وغير الشيعة ، وكذلك فقهها (2) . فمقالاتها مختارة من آراء الامامية ، فهم أيضا ساقوا الامامية في الأسباط (3) ، ولم يجوزوا ثبوت الامامة في غيرهم ، ولكنهم لايقولون بالوصية ، وعدد الائمة عندهم غير محدد ، فكل فاطمي عالم زاهد شجاع سخي خارج بالامامة ، أي دعى اليها وطلبها صلح اماما وهم يجيزون اقامة أو ظهور امامين في وقت واحد في قطرين ، ويكون كل واحد منهما واجب الطاعة بشرط أن يكون خروجهما في وقت واحد وأن يكون الاختيار حرا من أهل الحل والعقد .

والنصوص التي أشرنا اليها من قبل يرون أنها تعين عليا بالوصف وليس بالشخص وأن الصحابة وان لم يراعوا هذه النصوص ، ولم يعينوا عليا فان ذلك كان امساحة رأوها ، وهم بذلك لاينالون من الصحابة ولايطعنون فيهم ، ويرون جواز أن يكون المفضول اماما والأفضل قائما فيرجع اليه في الأحكام ، ويحكم بحكمه في القضايا (4) ، كذلك من مبادئهم الخروج على أئمة الجور .

هكذا وجد الباحثون أنهم أخذوا بجميع آراء الفرق ، فاشتراط الفاطمية من مقالات الشيعة الامامية ، وبيعة أهل الحل والعقد من مقالات أهل السنة ، والخروج على أئمة الجور من مقالات الخوارج .

---

1) راجع بعض التفاصيل عن الامام زيد / الطبري / المرجع السابق/ ج 8 / ص 260 ا بن الاثير/ المرجع السابق/ ج 4/ ص 240 أبوزهرة . الامام زيد . الشرقاوي / المرجع السابق/ ص 15 ومابعدها .
2) أبو زهرة/ الامام زيد / ص 188 الحجوي/ المرجع السابق/ ج3/ ص 67 ومابعدها .
3) الشهرستاني / المرجع السابق/ ج1/ ص 154 ومابعدها . الاشعري / المرجع السابق/ ج1/ ص 140 . ابن خلدون/ المقدمة/ ص 700 ومابعدها .
4) أبو زهرة/ تاريخ المذاهب/ ج1/ ص 47 ومابعدها . الامام زيد/ ص 188 .

هذه الفرقة انقسمت الى ثلاثة فرق هي الجارودية (1) ، التي تطرفت بعض الشيء ، والسلمانية (2) وهذه الأخيرة تطرفت في حق عثمان ، أما في الفقه فان فقههم كذلك مزيجا من جميع المذاهب لأن أئمتهم كانوا يأخذون بالاختيار ، فمصادر الفقه عندهم صورة عن هذا الاختيار (3) ، فهم يأخذون بالقرآن والسنة كما هي عند الجمهور وكذلك في فتوى الصحابي ، باستثناء فتاوى الامام علي فانها حجة ، وفي الاجماع نفس المعنى الذي عند الجمهور ، وان كان هناك من قال باجماع الأربعة المعصومين ، ويأخذون بالقياس كذلك ، وبالعقل كآخر دليل بعد الاستحسان والاستصحاب (4) .

ان أهم ما ميز بين المذاهب جمهور وغير جمهور هو الموقف من السنة معنى واسنادا فالزيدية لايعتبرون أقوال أئمتهم من السنة ، وانما يقصرونها على ماصح عن الرسول صلى الله عليه وسلم فقط ، وفي السند لايشترطون أن يكون السند كله زيديا وانما يطبقون المعايير العامة التي يطبقها الجمهور ، وكون الراوي زيديا يأخذون به كسبب للترجيح فقط ، بحيث اذا ثبت عندهم أثرا وكان السند مختلفا ، أحدهما زيديا ، والآخر غير زيدي يرجح الأثر الذي صح بالسند الزيدي ولهذا لم يتحفظ العلماء على فقههم ومذهبهم ، وهذا أحد أئمتهم الشوكاني أثنى عليه جميع من أمكن معرفة رأيه فيه ، التحفظ الوحيد هو ما ذهب اليه الحجوى من أنه يميل نوعا ما الى الاعتزال .

الخـوارج .

قسم قبول التحكيم معسكر الخليفة على نفسه ، وخرجت منه مجموعتان متناقضتان ، هي الشيعة والخوارج ، تناولنا في الفقرة السابقة مايهمنا من جانب الحزب الشيعي ، ونتعرض هنا لحزب الخوارج .

---

1) الشهرستاني / المرجع السابق / ج1/ ص158 . الاشعري / ج1/ ص140 ، 141 .
2) الشهرستاني / المرجع السابق / ص159 ، 160 . أبو زهرة / تاريخ المذاهب / ج1/ ص51 ، 52 الاشعري / المرجع السابق / ص143 .
3) أبو زهرة . الامام زيد / ص488 . الحجوى / المرجع السابق / ج3/ ص67 .
4) أبو زهرة . الامام زيد / ص378 ومابعدها الى نهاية الكتاب حيث تعرض للمصادر في المذهب الزيدي . والشوكاني / المرجع السابق .

فالخوارج هم الذين لم يرقهم قبول التحكيم ، وأعلن شعارهم عروة بن أدية وهو (لاحكم الا لله) انتشر هذا الشعار وأخذ به بعض من كان في جيش الخليفة ، فقد اعتبروا قبول التحكيم يتضمن تشكيكا في كون أحد الفريقين كان على خطأ وأحدهما كان على صواب ، وهم كانوا يعتقدون أنهم على حق ، لانهم كانوا يقاتلون مع الخليفة الشرعي الذي تمت له البيعة ، ومنها استمد سلطته الشرعية ، بينما معاوية كان باغيا لم يستند على أي حق شرعي ، وانما استند على كثرة الرجال ووفرة السلاح ، فاستطاع أن يقف موقف الند مع الخليفة ، ويقبل الاخير أن يحكم بينهما الحكمان .(2)(1)

ان الخليفة عندما قبل هذا فانه تنازل وتصالح في شيء لايقبل الصلح ولا التنازل، لانه حقا من حقوق الله ، ومادام قبل هذا فانه لايعتبر أهلا للمنصب الذي تولاه ، ولابد من عزله واحلال آخر محله ، أقدر على صيانة شريعة الله .

هذه هي الاجابة التي انتهى اليها هؤلاء ، ونفذوها فعلا عندما عادوا الى الكوفة ، فقد نزلوا حروراء (قرية قرب الكوفة) واستقلوا بأمورهم ، فقد عينوا أميرا للحرب وأميرا للصلاة وأعلنوا دستورهم ، البيعة لله عز وجل ، الأمر شورى بعد الفتح ، الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، الا أن هذه الامارة لم تستمر طويلا كما هي خاصة سلطتها ، فقد تراجع بعض من كان فيها عن الخروج على الامام علي والتحق به ، كشبث بن ربعي[3] ، بينما استمر البعض على موقفهم ، وجرت بينهم وبين الخليفة اتصالات ، طلبوا منه أن يرجع عما أبرمه مع معاوية ، وأن يعلن عن خطئه ويخرج بهم الى القتال الا أن الامام علي رفض ذلك ، لانه يتناقض مع موقفه فقد أبرم عهودا والله يأمر بالوفاء بها كما أنه لم يرتكب مايستوجب التوبة ، فقد عارض فكرة الصلح ، وأعلن لهم رأيه في معاوية وابن العاص وابن معيط ، ولكنهم الحوا على الاستجابة لقبول التحكيم ، وكان الوفد الذي أرسلوه يضم حرقوص

1) أحمد أمين / المرجع السابق/ ص 256 .
2) البير نصر ، أهم الفرق الاسلامية / منشورات المطبعة الكاثوليكية / بيروت / ط2 / 1966م/ ص19 .
3) ابن الأثير/ المرجع السابق/ ج3/ ص 165 . المسعودي/ المرجع السابق/ ج2/ ص417 .
4) أبو العباس محمد بن يزيد المبرد ـ الكامل تحقيق محمد أبو الفضل والسيد شحاته دار النهضة المصرية للطبع والنشر ج3 ص 284 وما بعدها

بن زهير السعدي الذي كان من أشد الناس الحاحا على قبول الصلح ، وهو الذي هدد الامام علي بدفعه الى أعدائه .[1]

بعد ما تم التحكيم وانتهى الى تلك النتيجة الباهتة ، طلب الامام علي منهم الرجوع اليه والخروج معه للقتال، فرفضوا واختاروا أميرا لهم هو عبد الله بن وهب الراسبي .[2] وأعلن في خطبته بعد بيعته الاعلان الرسمي والنهائي للخروج والتي جاء فيها (لاينبغي لقوم يؤمنون بالوحي والمنيبون الى حكم القرآن ، ان تكون هذه الدنيا آثر عندهم من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر والقول بالحق ، فاخرجوا بنا اخواننا من هذه القرية الظالم أهلها الى بعض كور الجبال أو الى بعض هذه المدائن منكرين لهذه البدع المضلة) .[3] وفي البصرة أمروا مسعر بن فدكي التميمي واجتمع الجناحان في النهروان ، وشرعوا في دعوتهم بالاستعراض والقتال .[4]

هكذا ظهر هذا الحزب ، وهو كما يبدو كان رد فعل على ماجرى في صفين وقبول التحكيم[5] وهذا ماذهب اليه بعض من تعرض لهذا الحزب، بينما ذهب رأي آخر الى أن حرب صفين كانت مجرد مناسبة فقط وان عوامل الخروج سبقت هذه الحرب بكثير .[6]

أما تسميته باسم الخوارج فقد سمي بهذا مع اختلاف في المعنى فالخوارج أنفسهم سموا حزبهم بهذا الاسم لانهم خرجوا مهاجرين الى الله ورسوله ، كما أشار ابن وهب في خطبته ويسمون أنفسهم كذلك الشراة أي الذين باعوا أنفسهم الله ويسمون كذلك بالحرورية نسبة الى حروراء التي نزلوا بها عند خروجهم الاول .[7]

أما الجمهور فيطلق عليهم الخوارج ، ويقصد بذلك معنيين ، الخروج السياسي ، وهو حسب

---

1) الطبري / المرجع السابق/ ج6/ ص40 . ابن الاثير / المرجع السابق/ ج3/ ص163 ومابعدها .
2) الطبري / المرجع السابق/ ص42 . المسعودي / المرجع السابق / ص415 .
3) الطبري / المرجع السابق/ ص42 . المسعودي / المرجع السابق/ ج2/ ص415 . ابن الاثير / المرجع السابق/ ج3/ ص169 .
4) المراجع السابقة/ الطبري / ص45 . ابن الاثير/ ص172 . ابن قتيبة/ الامامة والسياسة/ ج1/ ص121 .
5) أحمد أمين/ فجر الاسلام/ ص256 . جولد تسهير/ العقيدة والشريعة في الاسلام تعريب : محمد يوسف موسى / دار الرائد العربي/ ص170 . البيرنصري / المرجع السابق/ ص10 .
6) عمار طالبي/ المرجع السابق/ ص47 .
7) أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص257 . الاشعري / المرجع السابق/ ج1/ ص167 هامش 1 .

الشهرستاني كل من خرج على الامام الحق الذي اتفقت الجماعة عليه يسمى خارجيا ، سواء كان الخروج في أيام الصحابة على الائمة الراشدين ، أو كان بعدهم على التابعين باحسان والائمة في كل مكان (1). وهذا التعريف سياسي ينطبق على كل من خرج على الامام العدل ، سواء قبل حرب صفين أو بعده ، ولايعني هؤلاء بالتحديد ، وله اصلاح آخر وهو (البغاة) (2).

وهناك معنى آخر ويقصد به المروق من الدين ، حسبما نصت الاثار النبوية ، وتعرض لهما ابن حجر في فتح الباري ، فقد عرض جميع الأحاديث الواردة في هذا الموضوع ، منها ما روى عن أبي سعيد الخدري قال (بينما النبي صلى الله عليه وسلم يقسم جاء عبد الله بن ذي الخويصرة التميمي فقال اعدل يارسول الله ، فقال : ويلك ومن يعدل اذا لم أعدل ؟ قال عمر بن الخطاب دعني اضرب عنقه قال : دعه فان له أصحابا يحقر أحدكم صلاته مع صلاته وصيامه مع صيامه يمرقون من الدين كما يمرون السهم من الرمية ، ينظر في قدده فلا يوجد فيه شيء ثم ينظر الى نصله فلا يوجد فيه شيء ، ثم ينظر الى رصافه فلا يوجد فيه شيء .... آيتهم رجل احدى يديه - أو قال ثدييه - مثل ثدي المرأة ، أو قال مثل البضعة تدردر ، يخرجون على حين فرقة من الناس...) الى جانب روايات أخرى (3).

فهناك عدة معاني للخروج ، أحدهما المعنى الذي أخذ به الخوارج أنفسهم ، والمعنى العام الذي ينطبق على أي خارج سواء كان خروجه باسم التشيع أو أي اسم آخر ، فهو يعتبر خارجا طالما تحققت شروطه ، وهي وجود امام اتفقت عليه الجماعة ، في حين هناك معنى آخر وهي المروق من الدين كما نصت الأحاديث النبوية والتمييز بين هذه المعاني واختيار أكثرها انطباقا على هؤلاء الخوارج لايستقيم الا بعد عرض أهم مبادئ هذا الحزب .

1) الشهرستاني / المرجع السابق/ ج1/ ص 114 .
2) بعد الجمل خرج حكة بن عتاب الحبطي وعمران بن الفضيل البرجمي في صعاليك من العرب ونزلوا سجستان ، وكذلك الحزتيت بن راشد خرج على الامام علي وليس من أهل النهر ولا يقول بمقالتهم ، وانما كان مغامرا فقط كحسكة بن حطاب / الطبري / ج6/ ص 74 . ابن الاثير/ ج3/ ص 135 او 183 . وكان صخر بن عروة يقول بمقالة الخوارج ولكنه لم يخرج على الامام علي وقال اني كرهت قتال علي بن أبي طالب لسابقته وقرابته ، وخرج بعد وفاة الامام علي / المبرد / ج3/ ص 276 .
3) ابن حجر العقلاني/ فتح الباري شرح صحيح البخاري/ دار المعرفة/ بيروت بدون تاريخ / ج12/ ص 390 وما بعدها . حيث عرض الآراء المختلفة حول الخوارج ووصفهم هل يعتبرون كفارا أم متأولين مخطئين .

مبادئ الحزب وآرائه السياسية :

قام حزب الخوارج أيضا على أساس ديني ، لأن التمييز بين الجانب السياسي والديني في هذه الفترة كان غير واضح ، لأن النزاع كان حول الخلافة ، وهي منصب ديني وزمني ، فالذي يتعرض لها لابد وأن يكون مدعما بأساس شرعي . فالشيعة وخاصة ابن سبأ حاك مؤامرته باسم الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وكذلك الخوارج ، قالوا بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، وقد ذكر هذا الأساس مرتين ، المرة الأولى في خروجهم الى حروراء ، وفي المرة الثانية في خطبة عبد الله بن وهب الراسبي عندما اعتبر أتباعه يومنون بالرحمن ، وينيبون الى حكم القرآن ، وأنهم يؤثرون الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

فقاعدة خروجهم دينية وهي أساس الدين ومفهومها البسيط هو اقامة أحكام الشرع وتطبيقها على الوجه السليم ، وقد أخذ بها جميع المسلمين لكن اختلف حول طبيعتها ، هل هي فرض عين أو فرض كفاية ، والرأي الراجح عند الجمهور أنها فرض كفاية يناط أمر تحقيقها الى الخليفة لكن اذا عجز أو ارتكب مايستوجب اقامة الحد أو لم يوجد الخليفة أصلا ، وجب القيام بها على كل قادر وفقا للشروط التي حددوها ، ولكن الخوارج جعلوها فرض عين على كل فرد قولا وفعلا (1) ، وربطوا تحقيقها بأمرين رئيسيين :

1) ديمقراطية الحكم بمفهومه القرآني ، لا كما طبقت بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم (2) وانما بقولهم ان الخليفة وهو ولي الأمر والقائم بالمعروف وبفروض الدين يجب أن يتم اختياره من قبل جميع المسلمين لأن الأمر شورى والمسلمون متساوون في ذلك ، ويحق الترشيح لأي فرد من أفراد الأمة ، وليس ضروريا أن يكون من قريش بل يصح أن يكون من غيرهم ، واذا تم اختياره كان رئيس المسلمين بعد قبوله هذا المنصب وتسلمه زمامها لم يعد يحق له أن يتخلى عنها ، لأنها وديعة مقدسة في عنقه ، كما أنه لايحق له أن يقبل التحكيم ، اذ أن في التحكيم دليلا على أنه يشك في شرعية ،

---

1) صلاح الدين دبوس/ المرجع السابق/ ص 290 ومابعدها ، ابن حزم/ الفصل في الملل/ ج5/ ص 19 ومابعدها .
2) عمار طالبي/ المرجع السابق/ ص 129 . سلام مدكور/ المدخل/ ص 136 . أحمد أمين/ المرجع السابق ص 258 . مانع القطان/ المرجع السابق/ ص 144 . البيرنصري / المرجع السابق/ ص 12 .

السلطة الممنوحة له من قبل الأمة ، ومادام اماما وفق الشرع فهو الرئيس الشرعي ، واذا ما خالف الشرع كان من حق الأمة أن تعزله وتخرج عليه ، لأن مخالفة الشرع يعتبر تقصيرا في أمور الدين والتقصير يعتبر خروجا عنه وكفرا به ، وقد أكملوا هذا المبدأ بمبدأ آخر يكمله حتى تستقيم فكرتهم وهو تحديدهم معنى الايمان .

حدد الخوارج معنى الايمان تحديدا متشددا (1) ، فهم يرون ان الايمان والعمل بتكاليف الشرع كل لايتجزأ ، فالايمان الذي يقتصر على التصديق النفسي أو القلبي لايعتبر ايمانا ، بل يتحقق بالعمل بأوامر الدين كلها ، ومن لم يعمل بذلك ، كأن اكتفى بالاقرار باللسان ، أو ارتكب الكبائر يكون كافرا .

الاسلام حقيقة لايقتصر على الايمان بالقلب ولا الاقرار باللسان ، بل يتطلب تحلي المسلم بسلوك معين قولا وعملا والواجب أن يكون في مستوى ماطلب منه ، لكن اذا قصر فان تقصيره لايعتبر كفرا ، فالذنوب لاتنفي الايمان ولاتزيله ولاتثبت الكفر ، وانما تنفي حقيقة الايمان المثلى (2) . لكن الخوارج تشددوا في هذا كثيرا ، واعتبروا التقصير كفرا ، سواء تمثل في الكبائر المنصوص على حدودها أو التي لم ينص على حدودها .

هذه هي مبادئهم الرئيسية وهي كما يبدو مبادئ اسلامية صرفة ، أحسن تطبيقا لقاعدة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، هذا من الناحية النظرية ، أما من الناحية العملية فقد طبقوها ومن خلال تطبيقها تظهر لنا حقيقتها . فبالنسبة للخلافة فقد نادوا أو طرحوا فكرة عدم التقيد بالقرشية في الامام أو الخليفة وعدم الاكتفاء ببيعة أهل الحل والعقد كأساس للسلطة وانما نادوا بأساس آخر مستمد من القرآن وأكثر ديمقراطية ، وهو أن الخليفة يستمد سلطته من مجموع الأمة وأن الشعب هو مصدر السلطة ، خلافا للشيعة أصحاب النزعة الملكية ، وتطويرا للنظام الذي طبقه

---

1) أحمد أمين/ المرجع السابق/ ص 262 . جولد تسهير/ المرجع السابق/ ص 171 . محمد سلام مدكور/ المرجع السابق / ص 137 . عمار طالبي / المرجع السابق / ص 131 . مانع القطان المرجع السابق/ ص 145 . البيرنصري/ ص 12 .
2) عمار طالبي/ المرجع السابق / ص 132 .

الصحابة ، وهذا يفترض أن يشارك جميع المسلمين في البيعة والا كانت باطلة ولكنهم عندما نفذوا فكرتهم بايعوا ابن الكوا (2) ، وشبث بن ربعي (1) ، واما انفصلا عنهما ، أمروا عمدان الايادي ولكنهم خلعوا وبايعوا عبد الله بن وهب الراسبي ، هؤلاء جميعا ليسوا من قريش وبيعتهم لم يشارك فيها الا من رأى رأيهم ، من حيث التشدد في الايمان ، فقد طبقوا هذا المبدأ ، واعتبروا قبول التحكيم أول المعاصي التي خولف فيها القرآن ، ولما كانوا قد شاركوا فيه وأيدوه ، فقد حكموا على أنفسهم بأنهم كفروا ولكنهم تابوا (3) ، ولذلك طلبوا من الامام علي الاعتراف بالكفر واعلان التوبة ، ولما رفض ذلك برئوا منه واعتبروه كافرا وصرحوا له بذلك (انك لم تغضب لربك ، وانما غضبت لنفسك ، فان شهدت على نفسك بالكفر واستقبلت التوبة نظرنا فيما بيننا وبينك ، والا فقد نابذناك على سواء ان الله لا يحب الخائنين) (4) .

هذه هي المبادئ التي قام عليها الحزب ، وهكذا طبقوها وبسببها اعتبروا أنفسهم المؤمنين الحقيقيين (5) ، وعلى أساسها حكموا على غيرهم . فقد بدأوا أولا بالخلفاء الراشدين ، لأن حزبهم كان نوع من رد الفعل على ما آلت اليه الخلافة وهي من أهم مبادئهم فقد صححوا خلافة الشيخين لصحة انتخابهما ، وبصحة خلافة عثمان في الفترة الأولى من خلافته ثم برئوا منه للأحداث التي أحدثها ، وكفروه ، وكذلك الامام علي حكموا بصحة خلافته الى أن حكم الحكمين فبرئوا منه كما رأينا من قبل ، وكفروه (6) .

هذا فيما يتعلق بالجانب السياسي ، أما في الجانب الاجتماعي سلوك المسلم بصفة عامة فقد اعتبروا مرتكب الكبيرة والصغيرة كافرا ، دون تحديد معنى هذا الكفر ، هل هو كفر ملة أو كفر

---

1) ابن الأثير / المرجع السابق / ج3/ ص165
2) المبرد / المرجع السابق / ج3 / ص165 .
3) المبرد / المرجع السابق / ص180 .
4) الطبري / المرجع السابق / ج6/ ص50 .
5) راجع رسائلهم الى الامام علي / الطبري / ج6 / ص50 وما بعدها .
6) المبرد / ج3/ ص180 . أحمد أمين / المرجع السابق/ ص258 . الشهرستاني/ المرجع السابق ج1/ ص118 . وراجع في أسباب قتل الامام علي وكيفيته . المبرد/ ج3/ ص196 . ابن الأثير / المرجع السابق/ ج3/ ص195 . الطبري / المرجع السابق/ ج6 / ص83 وما بعدها .

نعمة ، ولكن تطبيقاتهم تدل على أنه كفر ملة ، فقد أجازوا قتال الكفرة ، ولذلك قسو في معاملة غيرهم من المسلمين ، ممن لا يرى رأيهم (1) . فقد قتلوا مثلا عبد الله بن خباب بن الارث ، عندما خرجوا الى النهروان ، لانه روى لهم حديث الفتنة فاعتبروه نيلا منهم ، بينما كان هناك ذمي أخذوا منه تمرا ، فدفعوا له قيمة التمر وقالوا لبعضهم البعض لابد من مراعاة ذمته ، فقتلوا صحابيا لانه روى حديثا نبويا ، وراعوا حق الذمي ولم يتعرضوا له (2) . كذلك كفروا عثمان بن عفان وهو من المبشرين بالجنة ، وعلي بن أبي طالب رموه بالكفر وقتلوه بعد ذلك ، فقد أضافوا بهذا مبدأ آخر الى مبادئهم ، وهو تكفير مخالفيهم وجواز قتلهم ، وهو أخطر مبدأ كشف عن صحة مبادئهم وما يؤمنون به ، وهنا التقوا بالشيعة ، فقد انطلق كل واحد منهم من مبدأ معين وانتهى الى النيل من الصحابة والحط من قدرهم وقيمتهم ، ومن بقية المسلمين الذين لا يرون رأيهم ولا يقولون بمقالتهم .

فالشيعة نالوا من الصحابة لانهم لم يفهموا اشارات النبي وتوجيهاته حول الوصية ، ولم يطبقوها كما يجب سواء عن جهل أو كذبا وتواطؤا ، والخوارج نالوا منهم لانهم انحرفوا عن الصراط السوي وحكموا عليهم بالكفر كما حكموا على غيرهم من المسلمين ، واعتبروا أنفسهم المسلمين الحقيقيين ، القائمين بفروض الدين كما يجب ، وأخذ كلا من الحزبين على عاتقه أن يحقق الحق ويبطل الباطل (3) ، فالشيعة كما رأينا من قبل أوجدوا نظرية الامامة ، والخوارج أوجدوا نظريتهم القائمة على جواز الامامة في غير قريش ، انكار التحكيم وتكفير أصحاب الكبائر ، والخروج عن أئمة الجور .

هذه هي المقالة التي قام عليها الحزب (4) وهي التي تجمع بين فرق الخوارج المختلفة بعضها غالى في تطبيقها حتى خرج من الدين وبعضها اعتدل ولم يتطرف في تطبيقها كالاباضية .

---

1) عمار طالبي / المرجع السابق / ص 93 . أحمد أمين / المرجع السابق / ص 263 .
2) المبرد / المرجع السابق / ج3 / ص 212 . ابن أبي الحديد / المرجع السابق / مجلد 1 / ص 466 . ابن حجر الاصابة / مجلد 2 / ص 302 .
3) ابن حزم / الفصل في الملل / ج2 / ص 270 . الاشعري / المرجع السابق / ج1 / ص 167 ، 168 . ابن أبي الحديد / المرجع السابق / المجلد 3 / ص 6 . 7 . 8 .
4) رأي الصحابة ومن جاء بعدهم يعتبرون الخروج قائم على تأويل خاطئ ومن ثمة فالمحكمة الاولى لم يخرجوا عن الجماعة الاسلامية عقيدة وانما هم أصحاب بدعة . عمار طالبي / المرجع السابق / ص 19 .

ورغم تطرف الخوارج في عقيدتهم والذي وصل الى حد تكفير من لا يقول بمقالتهم ، الا أنهم امتازوا بخصائص منها : التشدد في العبادة والانهماك فيها والانقطاع لها ، والزهد في الدنيا والجد في طلب الاخرة والصدق مع أنفسهم ومع غيرهم والاخلاص لعقيدتهم ، ولذلك لم يثبت عنهم ما ثبت على غيرهم من الفرق الأخرى من الكذب على الرسول صلى الله عليه وسلم ووضع الأحاديث (1) ولهذا نجد اختلافا كبيرا في الحكم عليهم .

فالامام علي كرم الله وجهه أوصى بهم في أواخر أيامه وقال (لاتقاتلوا الخوارج بعدي فليس من طلب الحق فأخطأه ، كمن طلب الباطل فأدركه) (2) يشير بذلك الى الفرق بين الخوارج ومعاوية فالخوارج طلبوا الحق وأخطأوا في طلبه ، ومعاوية طلب الباطل فأدركه ، وعمر بن عبد العزيز قال لبعض الخوارج (اني علمت انكم لم تخرجوا ، فخروجكم هذا لطلب دنيا أو متاع ، ولكنكم أردتم الاخرة فأخطأتم سبيلها) (3) .

والمبرد وصفهم بأنهم يبرأون من الكاذب ومن ذي المعصية الظاهرة (4) . وعمار طالبي يرى أن الخوارج أحسوا بأن هناك انحرافا في المجتمع الاسلامي وتغييرا قد حدث لم يكن في عهد عمر ، لذا أوجبوا على أنفسهم انكار هذا الانحراف والجهاد في سبيل الله ، ورأوا تحقيق ذلك باستعمال السيف (5) ، والشيخ أبو زهرة رأى أن الخوارج كان أكثرهم من عرب البادية وقليل منهم من كان من عرب القرى وهؤلاء كانوا في فقر شديد قبيل الاسلام ، ولما جاء الاسلام لم تزد حالتهم المادية حسنا لأنهم استمروا في باديتهم بصعوبة الحياة فيها ، وأصاب الاسلام شغاف قلوبهم مع سذاجة في التفكير وضيق في التصور وبعد عن العلوم (6) .

---

1) حسن عمر قلاتة / المرجع السابق / ص 227 ومابعدها . محمد عجاج الطيب / المرجع السابق ص 204 ومابعدها .
2) أحمد أمين / المرجع السابق / ص 263
3) المرجع نفسه .
4) المبرد / المرجع السابق / جـ3 / ص 163 .
5) عمار طالبي / المرجع السابق / ص 82 .
6) الشيخ أبو زهرة / تاريخ المذاهب / جـ1 / ص 68 ، 69 .

الجانب الفقهي أو الاجتهاد عند الخوارج .

للخوارج اجتهاد في الفروع شأنهم في ذلك شأن بقية الفرق الاخرى أو الأحزاب، لكن المشكلة بالنسبة لهذا الحزب انه لا يمكن التحدث عن فقه خاص بالخوارج يجمعهم مذهب واحد أو عدة مذاهب لانهم تفرقوا بعد النهروان بمدة، وأصبحوا فرقا مستقلة كل فرقة استقلت بآرائها في العقائد وكفرت الفرق الأخرى المخالفة لها ولأن هذه الفرق قد بادت كلها وباد معها فقهها ولم يعد له وجود الا بعض الآراء المتفرقة في كتب الفقه المقارن (1) والتي تذكر دائما كنماذج للآراء المخالفة، باستثناء الفرقة الاباضية فانها مازالت قائمة، وما زال فقهها معمولا به في بعض البلاد الاسلامية كالجزائر وليبيا وعمان، ولهذا سنقتصر عليها وحدها، فنعرض آرائها باختصار، ثم نتعرض كذلك لمؤسس المذهب الحقيقي كما يرى الاباضية .

---

1) كان الخوارج يكونون حزبا واحدا يقول بالمبادىء التي أشرنا اليها من قبل، وله مجتهدوه وأصحاب النظر، فقد كان عبد الله بن وهب ذا رأي وفهم، وكان نافع بن الازرق قبل خروجه ذا رأي ونظر وقدرة على الجدل والحجاج كانت له صحبة بابن عباس، وكان أبو السوازع الراسبي كذلك من مجتهديهم، وعبد الله بن اباض كذلك، هذا حسب رواية المبرد، الى أن اشتد عليهم ابن زياد بالعراق وقتل عروة بن أدية وأخوه بلال وهذا كان من المحكمة الاولى شهد النهر وخاصة بلال، كان متعبدا زاهدا مجتهدا في عبادته معظما عند الخوارج يرى التقية ولا يقول بالاستعراض، ويحرم خروج النساء، وسبب خروجه ان زياد قال في احدى خطبه والله لآخذن المحسن منكم بالمسيء والحاضر منكم بالغائب والصحيح بالسقيم، فعارضه وخرج أثر ذلك والتزم بعد ذلك بدستور هو: لا يجرد سيفا ولا يخيف أحدا ولا يقاتل الا من قتله، لانه لم يخرج ليفسد الارض ولا ليروع أحدا ولكن هربا من الظلم، ولا يأخذ من الفيء الا نصيبه هو ومن كان معه الى أن قتله ابن زياد وهو منهك في الصلاة مع أتباعه وكانت تلك حيلة لجأ اليها قائد جيش مكون من أربعة آلاف في مواجهة أقل من 40 نفرا .
بعد مقتله اتصل الخوارج بابن الزبير وكان قد قام بمكة وعرضوا عليه أنفسهم أي مذهبهم فرفض عندئذ وافترقوا واختلفوا فريق منهم اتجه الى البصرة ومنهم نافع بن الازرق وعبد الله بن أباض وعبد الله بن صفار وحنظلة بن بيهس . انفصل عنهم نافع بن الازرق وخرج وأعلن آرائه المتطرفة فقد كفر جميع المسلمين وفي مقدمتهم علي بن أبي طالب، وصوب عمل عبد الرحمن بن ملجم قاتل الامام علي وكفر كذلك القعدة من الخوارج، وكفر مرتكب الكبائر كفر ملة وأباح قتل نساء وأطفال المخالفين الى جانب اسقاط الرجم عن الزاني اذ لم يرد عليه النص في القرآن وعدم جواز اجابة أصحابه أحدا من غيرهم الى الصلاة اذا دعاهم اليها ولا يأكلون من ذبائحهم ولا يتزوجون منهم ولا يتوارث الخارجي مع غيره وهذه هي الفرقة المتطرفة فيهم كما كانت من أقوى فرقهم، عانى منها سكان البصرة والبطائح والاهواز كثيرا وانتدب الناس لقتالهم في الوقت الذي اضطرب فيه أمر السلطة المركزية بسبب قيام ابن الزبير في مكة وهم الذين قاتلهم المهلب ابن أبي صفرة الذي اتبع كل الاساليب ومنها وضع الحديث فيهم كما قيل، وهذه الفرقة تكفرها حتى الخوارج ذاتها وبسبب هذا

الاباضية ومذهبها الفقهي .

تنسب هذه الفرقة من الخوارج الى عبد الله بن أباض المري التميمي ، ولا يعرف عنه أكثر من هذا فسيرته غير معروفة باستثناء اشارات عابرة اليه في الكتب المختلفة ، فالشهرستاني ذكر أنه خرج أيام مروان بن محمد في أواخر الدولة الأموية وقتل بتبالة من أرض تهامة (1) ، فهو حسب رأي الشهرستاني خرج في النصف الأول من القرن الثاني الهجري ، والمبرد ذكره ضمن الخوارج الذين اتصلوا بابن الزبير وفارقه وعاد الى البصرة وبقي فيها (2) ، اذ لم يكن يرى الخروج ، وان الخوارج برئت منه لأنه من القعدة ، وحسب هذا الرأي فانه كان من أصحاب الرأي عند الخوارج لأن ابن الأزرق راسله مع من كان من الخوارج في البصرة وان حنظلة بن بهيس فارقه بعد ذلك وكفره لأنه قصر (3) ، والدرجيني صاحب الطبقات الاباضية لم يشر الى مايعرف به ، سوى عبارات عامة .

أما المعاصرين فلم يشيروا اليه أكثر من هذا وان كانوا يتفقون تقريبا ، أنه ظهر في القرن الأول الهجري ومات فيه ، فالأستاذ مدكور ذكر أنه مات سنة 85 أو 86 هـ (4) ولكن مذهبه ظهر بالبصرة في منتصف القرن الثاني (5) ، وكذا الأستاذ أحمد أمين فقد ذكر أنه مات في خلافة عبد الملك بن مروان ، ومصطفى شلبي ذكر أنه مات بعد 80هـ (6) وان المؤرخين اتفقوا على هذا وأما الشيخ أبو زهرة في موسوعة الفقه ، فقد ذكر ان هذه الفرقة من الخوارج تمتاز بالاعتدال ، وبانصراف

= انفصل عنه نجده بن عامر الذي خالف الجميع في القول بأن لا حاجة للناس الى امام فقط وانما عليهم ان يتناصفوا فيما بينهم فان رأوا أن ذلك لا يتم الا بامام يحملهم عليهم فأقاموه جاز . بعد اتصال الخوارج بابن الزبير انقسموا الى سبع فرق رئيسية حسب الشهرستاني . الشهرستاني/ المرجع السابق/ جـ1/ ص118 ومابعدها . الاشعري / المرجع السابق/ جـ1/ ص 167 ومابعدها . البغدادي / الملل والنحل/ ابن حزم/ الفصل في الملل / جـ4/ ص52 . ومابعدها . موسوعة جمال عبد الناصر للفقه الاسلامي / جـ1/ ص32 . 33 . موسوعة الفقه الاسلامي جـ1/ ص24 . من كتب الفقه التي أشارت الى آرائهم في الفقه . المغنى لابن قدامه .

1) الشهرستاني / المرجع السابق/ جـ1/ ص134 .

2) المبرد / المرجع السابق/ جـ3/ ص275 . حيث عرض سيرة الخوارج مع ابن الزبير . ابن الاثير المرجع السابق/ جـ3/ ص336، 337 . الطبري / المرجع السابق/ جـ7/ ص50، 56، 57 .

3) أحمد بن سعيد الدرجيني / طبقات المشايخ بالمغرب/ تحقيق ابراهيم طلاي / بدون تاريخ / مطبعة البعث قسنطينة / جـ2 / ص240 .

4) محمد سلام مدكور / المرجع السابق/ ص137 .

5) أحمد أمين/ فجر الاسلام / ص258 .

6) مصطفى شلبي / المرجع السابق/ ص118 .

كبيرهم عبد الله بن أباض الى الاشتغال بالفقه [1] ، والاستاذ طالبي الذي درس نشوء هذا الحزب دراسة متخصصة عندما تعرض له ، وأورد الروايات المختلفة حوله ، ورجح أنه مات في خلافة عبد الملك بن مروان ، أي في الفترة مابين 64، 86هـ [2] .

أما آراء أو مقالات هذه الفرقة فان الرأي يكاد يتفق على أنها من أقل فرق الخوارج تشددا وتطرفا ، وأنها أقرب الفرق الى أهل السنة ، فهم يعتبرون مخالفيهم من المسلمين كفارا ـ كفر نعمة لاكفر ملة ـ غير مشركين ويجوزون التزوج منهم ، وكذلك التوارث وغنيمة أموالهم السلاح والدواب حلال وماعداه حرام ، أي سبي نسائهم وأطفالهم وحرام قتلهم وسبيهم في السر غدرا ، الا بعد اعلان القتال واقامة الحجة ، وقالوا ان دار مخالفيهم من أهل الاسلام دار توحيد الا دار السلطان فانها دار بغي ، وأجازوا شهادة مخالفيهم على أوليائهم ، ومرتكب الكبائر عندهم موحد لامؤمن ، وهذه الفرقة انقسمت على نفسها الى ثلاث فرق ، الا أن بعض الاباضية ينكر ذلك كما ينكر ماذكره ابن حزم من فرقهم [3] ، ويبدوا ان الاباضية لايستسيغون كل ماكتب عليها من طرف كتاب المقالات سواء القدمى أو المعاصرين ، ويحاولون نفي صفة الخوارج عن الاباضية ، ويتبرأون من الخوارج ، فهم يعتبرون أنفسهم أهل الحق والاستقامة ، ويرون أنهم أقرب الفرق الى أهل السنة من بقية الفرق الأخرى ، لكن الاستاذ عمار طالبي لم يعتد بهذا ، وانتهى الى أن الاباضية فرقة من فرق الخوارج لكنها فرقة معتدلة قريبة من أهل السنة ، تشققت وتفرعت عن المحكمة الأولى [4] ، فهم يتولون أصحاب النهر ، وبلال ، وعروة بن أدية ، ولكنهم يتبرأون من بقية الفرق .

هذا مانسب لهذه الفرقة من آراء في العقيدة ومناقشة مدى صحته يخرج عن هذا الحيز .

---

1) موسوعة الفقه الاسلامي / ج1/ ص 24 .
2) عمار طالبي / المرجع السابق/ ص 193 ومابعدها .
3) علي يحى معمر / الاباضية بين الفرق الاسلامية / مكتبة وهبة / القاهرة / ط1 / 1967م حيث علق على كل الكتابات التي تناولت الاباضية كفرقة .
4) عمار طالبي / المرجع السابق / ص 193

بعض أعلام الصحابة ، كالامام علي وعثمان بن عفان ، يزيل عنه الصبغة التي علقت به ، ويجعله كبقية المذاهب الأخرى، مجرد اختلاف في الرأي (1) ، وهذه نقطة ايجابية حسب رأي الشيخ أبو زهرة (2) .

الفرع الثاني : آثار الخلاف في مصادر الفقه

أدى الانقسام الذي تعرضنا له في السابق الى خلاف حول مصادر الفقه ، ضاق كثيرا بالنسبة لبعض المصادر ، واتسع بالنسبة للبعض الآخر ، وسنشير هنا باختصار الى أهم مواطن الخلاف بالقدر الذي يبين لنا مدى صحة أو عدم صحة الرأي الذي رأى الاعتماد على نظرية المصادر وحدها .

1) القرآن :

اتفقت جميع فرق الأمة الاسلامية على أنه (كلام الله المقروء على السنة العباد) أو هو الكتاب (كتاب الله تعالى المنزل على الرسول ، والمكتوب في المصاحف والمنقول الينا نقلا متواترا) (3) وحصل الاتفاق حول المعنى وان كان البعض يفضل استعمال لفظ القرآن ، والبعض الآخر يستعمل لفظ الكتاب ، وهما في النهاية لا يقصد بهما الا ما أوحى به الله لسيدنا محمد صلى الله عليه وسلم ألفاظا ومعاني وأسلوبا ، دون أن يكون للنبي دخل في انتقاء ألفاظه أو صياغته . وأنه نزل طول مدة البعثة ، ابتدأ نزوله بمكة بسورة العلق وهي أول ما نزل من القرآن (4) واستمر نزوله منجما ، فبلغت آياته ستة آلاف وثلاثمائة واثنين وأربعين آية ، موزعة في سور بلغ مجموعها مائة وأربعة عشر سورة أولها الحمد لله وآخرها الناس ، وكانت آخر آية نزلت قوله تعالى (اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت

---

1) عمار طالبي / المرجع السابق/ ص 208 . اتخذ الاباضية المتأخرين موقف التوقف في الخوض في النزاع الواقع في صدر الاسلام ، فقد أصدر سعيد بن تيمور سنة 1953 م أمرا برفع سب الامام علي وتوعد بالعقاب لمن فعل ذلك . علي يحي معمر ، حيث أشار الى أن الاباضية قد توقفوا عن الخوض في النزاع السياسي وانعزلوا منذ القرن الرابع الهجري / ص 246 ، ونفس المعنى تقريبا ، عند جولد تسيهر/ ص 172 .
2) الشيخ أبو زهرة . الامام جعفر الصادق/ ص 10 ، 11 .
3) السالمي / المرجع السابق/ ج1/ ص27 . الشوكاني / المرجع السابق/ ص28، محمد تقي الحكيم/ المرجع السابق/ ص99 . عبد الوهاب خلاف/ المرجع السابق/ ص24 . ابن حزم/ الاحكام/ ج1/ ص95 . الامدي المرجع السابق/ ص228 . أبو زهرة . الامام الصادق/ ص 321 . الامام زيد / ص 350 .
4) سورة العلق / الآية 2 .

عليكم نعمتي ورضيت لكم الاسلام دينا) .(1)

وهذا الترتيب للآيات في السور كان بأمر النبي صلى الله عليه وسلم .(2)

هذا هو معنى القرآن الذي نقل الينا نقلا متواترا قراءة وكتابة(3) ، وأنه حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، اتفق على هذا ، ولم يدع أحد وجود نقص أو زيادة ، اللهم مانسب الى بعض الامامية(4) من وجود نقص في القرآن .

---

1) سورة المائدة / الآية 3 .
2) السيوطي / الاتقان في علوم القرآن / جـ / ص
3) التواتر المقصود هنا ان النبي صلى الله عليه وسلم حفظه وحفظه كثير من الصحابة ، كثر عددهم كثرة يستحيل اتفاقهم عن الكذب ، حفظوا كذلك قراءته وترتيله ، كما رتله النبي ، مما يعرف أهل الاختصاص ، وقراءة القرآن سنة متبعة لا يجوز تغييرها ولا تبديلها ، ولذلك كان لابد لطالب القرآن من مقرئ يقرأ عليه ليحفظ الترتيل مع حفظ التنزيل ، وقد اشتهر عدة قراءات تنسب لاشهر القراء ، وهي متواترة كذلك ، هي قراءة ابن عمرو ، نافع ، وعاصم ، حمزة ، الكسائي ، وابن كثير ، ابن عامر . كل واحد من هؤلاء القراء تلقاها وقرأها ، كما قرأها مجموعة من الصحابة فعاصم بن أبي النجود وهو تابعي كوفي تلقى القراءة عن أبي عبد الرحمن بن عبد الله بن حبيب السلمي عن عثمان بن عفان وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وأبي بن كعب عن النبي صلى الله عليه وسلم ، وهكذا بالنسبة لجميع القراء ، والسبب في اشتراط المقرئ أن كتابة المصاحف في الصدر الأول كانت خالية من النقط والشكل ، لكي يعتمد القارئ على مقرئ حتى لا يقع التصحيف ، وخالف الشوكاني في تواتر القراءات ، ويذكر الزمخشري كذلك السالمي / المرجع السابق / جـ1 / ص29 . الشوكاني / المرجع السابق / ص30 . ابن قتيبة / المعارف / ص528 ومابعدها .
4) ينسب لبعض الادعاء بوجوب نقص في القرآن ، هذا الادعاء أشار اليه ، صاحب مسلم الثبوت ، وأبو زهرة كذلك ، في كتابه الامام جعفر الصادق ، وخلاصة مانقله أبو زهرة عن الكليني ، وهو أحد أعلام الامامية وحجة في الرواية عندهم ، ان الآيات التي نتلوها ثلاث وستون ومائتان وستة آلاف ، والباقي مخزون عند آل البيت ، وقال الكليني (انه لم يجمع القرآن كله الا الائمة ، وانهم يعلمون كله ، وقد كذب من ادعى من الناس أنه جمع القرآن كله ، فما جمعه وحفظه الا علي بن أبي طالب) ونقل عن الكليني نسبة الى أبي جعفر الصادق (المستفاد من الروايات عن طريق آل البيت ، ان القرآن الذي بين أظهرنا ليس بتمامه ، كما أنزل على محمد ، بل منه ماهو خلاف ما أنزل الله ، ومنه ماهو محرف وأنه قد حذف منه أشياء كثيرة منها اسم علي في كثير من المواضع ، ومنها لفظ آل محمد غير مرة ، ومنها أسماء المنافقين في مواضعها) هذه الروايات نقلها أبو زهرة عن الكليني ، ولم ينفرد أبو زهرة بهذا بل أشار اليه كذلك صاحب مسلم الثبوت جـ2/ ص126 . أبو زهرة / الامام الصادق / ص323 ، 324 . وقد أثارت مناقشة أبو زهرة لهذه الروايات بعض الامامية ، فردوا عليه ونفوا مانسب الى امامهم الكليني . راجع في هذا محمد تقي الحكيم / المرجع السابق / ص107 . فالمشكلة موجودة لم نقصد من ذكرها هنا النيل من أي كان ولا تأييد البعض دون الآخر وانما لأن الموضوع تطلب هذا حتى نكون على بينة من المدى الذي وصل الخلاف ونبنوه الى ان هذه التهمة وجهت للكليني فقط ، أما ماعداه من اعلام المذهب الامامي فلم ينسب اليهم شيء من هذا .

هذا من حيث معنى القرآن وتواتره ، وكونه حجة النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا مايمكن التعرض له هنا مادام الاتفاق قد تم بأن القرآن الذي أنزله الله على النبي ، وهذا الذي بلغنا دون زيادة أو نقصان ، يبقى الاختلاف بعد ذلك حول كيفية الاستنباط منه ، وعدد آيات الأحكام الى آخره ، فهذه تعود لاختلاف المناهج ، وقد أشرنا الى بعض هذا الاختلاف في الفصل السابق عندما تعرضنا لطرق الاستنباط من القرآن ، فما يستحق الذكر بعد هذا يتعلق بتفسير القرآن ، وادراك معانيه ، فبالنسبة لشروط التفسير ، ليس هناك خلافا ، لكن الامامية خالفوا في مسألتين

1) ان التفسير الذي يصدر عن الائمة يعتبر بمثابة التفسير الذي صح عن النبي صلى الله عليه وسلم وهو سنة ، ومن ثمة يكتسب الحجية .(1)

2) قولهم بوجود ظاهر وباطن للقرآن ، وان الباطن لايبلغه الا الأوصياء (الائمة) ولذلك قسموا فهم القرآن الى أربع مراتب .

أ ـ فهم العبارة وهي للعامة .

ب ـ فهم بالاشارة ومرامي الألفاظ البعيدة ، وهذه المرتبة للخاصة من العلماء الذين يستبحرون في دراسة الألفاظ ومراميها واشاراتها وهذه جزء من دلالات الألفاظ .

جـ ـ وهذه المرتبة أعلى من الأولى والثانية وهي ادراك اللطائف الدقيقة التي تكون وراء الألفاظ وتكون كأصيافها ، وهذه يصل اليها الأولياء الذين لازموا الأوصياء فأوتوا عبقة من علمهم .

د ـ ادراك الحقائق ومراد الله سبحانه وتعالى وهذه لايصل اليها الا الأوصياء .(2)

هذا هو رأيهم في فهم القرآن ، وان الباطن لايصل اليه الا الأوصياء ، وللامام الغزالي رأي قريب من هذا ، ولكنه لايقصر الوصول الى أسرار القرآن على أشخاص معينين تلقوا علمهم من النبوة بالوصية ، وانما يمكن أن يصل الى ذلك أي شخص اذا توافرت له أسباب ذلك .

2) السنـــة .

المصدر الثاني من مصادر الفقه عند جميع المسلمين ، هو السنة باتفاق كذلك ، وقد تعرضنا

---

1) تقي الحكيم/ المرجع السابق/ ص99 .
2) أبو زهرة/ الامام جعفر الصادق/ ص312 ومابعدها .

بايجاز لمعناها وأقسامها في الفصل السابق ، عند ما تعرضنا للاتجاه المضيق ، نكتفي بالاحالة الى كتب الاصول ، لأن دراستنا لاتتعلق بمصادر الفقه أصلا ، ونتعرض هنا لأوجه الخلاف التي يعتبر آثرا من آثار الانقسام الى جمهور وغير جمهور ، الذي يظهر لنا في هذا المصدر أكثر من غيره ، وتظهر لنا حقيقة الخلاف ، اذ نجد موقفين مختلفين تمام الاختلاف كل واحد منهما يعبر عن وجهتي نظر المختلفين أهل السنة والجماعة من جهة ، وغير السنة خاصة الامامية .

الرأي السائد عند الجمهور والمعمول به ان السنة هي كل ماصدر عن الرسول من أقوال وأفعال وتقريرات تتعلق بالتشريع ، وثبت بطرق صحيحة كانت واجبة الاتباع ، ويخرج عن هذا المعنى ما اختص به النبي صلى الله عليه وسلم من أحكام ، كزواجه بأكثر من أربع وماصدر عنه مما تقتضيه الطبيعة البشرية ، وعادات قومه ، لكن هذا المعنى خالف فيه بعض علماء الجمهور اذ مد هذا الى ماصدر عن الصحابة رضوان الله عليهم بينما مدت الامامية معنى السنة الى ماصدر عن الائمة المعصومين هذا وجه الخلاف ، الوجه الثاني يتعلق بأسانيد السنة فعند الجمهور كل مسلم عاقل ضابط عدل ، تقبل روايته ، أما عند الامامية مثلا فانهم يشترطون الى جانب الشروط السابقة أن يكون الراوي اماميا ، الوجه الثالث يتمثل في أن السنة المروية عن طريق الجمهور قد درست أسانيدها كلها ، وأصبحت واضحة من ناحية السند على الاقل ، أما عند غيرهم فيبدو أنه لم يحدث هذا ، ونتعرض لهذه الأوجه باختصار ونبدأ بالآراء التي وسعت معنى السنة .

ذهب الشاطبي الى أن سنة الصحابة يعمل بها ويعول عليها ويرجع اليها ، واستدل على ذلك بعدة أدلة ، منها ثناء الله تعالى عليهم ومدحهم بالعدالة ومايرجع اليها كقوله تعالى (كنتم خير أمة أخرجت للناس) وقوله (كذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس ويكون الرسول عليكم شهيدا) .

واستنتج من الدليل الأول اثبات الافضلية على سائر الأمم ، وذلك يقضي باستقامتهم في كل حال وجريان أحوالهم على الموافقة دون المخالفة ، ومن الثانية اثبات العدالة مطلقا ، وذلك يدل على مادلت عليه الآية الأولى . ورد على اعتبار هذا شاملا لجميع أفراد الامة ولايقتصر على

الصحابة فقط ، بأن الصحابة هم المخاطبون بصفة خاصة ، ولا يدخل معهم من جاء بعدهم الا بدليل ، ولأنهم أول داخل في شمول الخطاب لأنهم أول من تلقى ذلك من الرسول وهم المبشرون بالوحي ، ولأن الأوصاف التي وصفوا بها لم يتصف بها على الكمال الا هم ، ولأن من جاء بعد الصحابة من أهل السنة عدلوا الصحابة على الاطلاق والعموم ، فأخذوا عنهم رواية ودراية من غير استثناء ولا محاشاة بخلاف غيرهم فلم يعتبروا منهم الا من صحت امامته وثبتت عدالته وذلك مصدق لكونهم أحق بذلك المدح من غيرهم ، فيصح أن يطلق على الصحابة أنهم خير أمة باطلاق ، وأنهم وسط ، أي عدول باطلاق ، واذا كان كذلك، فقولهم معتبر وعملهم مقتدى به . واستدل أيضا بأحاديث نبوية ، وبأقوال التابعين ، وانتهى الى اعتبار ما صدر عنهم من السنة . (1)

هذا رأي كما أشرنا من قبل يذهب الى أقصى درجات قبول جميع الصحابة والاقتداء بهم لدرجة أنه جعل مايصدر عنهم سنة دون تمييز بين صحابي وآخر ، وهذا الرأي لم يعتد به أهل السنة الذين أخذوا بفتوى الصحابي ، ولكنهم لم يجعلوها حجة بصفة مطلقة ولم يهملوها نهائيا كما هو مفصل في كتب الأصول . (2)

أما عند الامامية فقد تعرض الشيخ تقي الحكيم الى معنى السنة عند الأصوليين ، وتعرض للمواقف المختلفة من حيث التوسع والتضييق فيما صدر عن الرسول صلى الله عليه وسلم ، وعرض للرأي الذي قيد معناه بما يتعلق بالتشريع فقط ، واعتبر هذا القيد لامبرر له لأن ما من شيء يصدر عن الانسان بارادته الا وله في الشريعة حكم فجميع مايصدر عن النبي بعد ثبوت عصمته لابد أن يكون صادرا عن تشريع حكم وله دلالته في مقام التشريع العام الا ما اختص به ، وموضوع الاختلاف في التحديد توسعه الشاطبي بها الى ماتشمل الصحابة ، حيث اعتبر مايصدر عنهم سنة ويجري أحكامها الخاصة من حيث الحجية وربما وافقه بعضهم على ذلك ، بينما وسعها الشيعة

1) الشاطبي / الموافقات / جـ4/ ص74 . مع تعليق المحقق الذي خالف هذا الرأي ، وقد انفرد بهذا الشاطبي فقط ، ولم يشاركه أحد من علماء الجمهور .
2) راجع في هذا الآمدي / جـ4/ ص 201 ومابعدها الى 209 . وعبد الله دراز محقق الموافقات/ جـ4 ص74 ومابعدها . ابن القيم / اعلام الموقعين/ جـ2/ ص255 ومابعدها . سلام مدكور / المدخل ص224 ومابعدها . موسوعة الفقه الاسلامي / جـ1 / ص39 ، 40 .

الى مايصدر عن أئمتهم ، فهي عندهم كل مايصدر عن المعصوم قولا وفعلا وتقريرا . ثم تعرض بعد ذلك للاتجاهات المختلفة ، الاتجاه الذي يقصرها على مايتعلق بالتشريع فقط ، واتجاه الشاطبي ورفضه ، واتجاه الشيعة في اعتبار مايصدر عن أئمتهم سنة وأيده ، واستدل على ماتذهب اليه الشيعة بالآيات والأحاديث النبوية ، سواء التي رويت عن طريق الجمهور أو عن طريقهم في اثبات العصمة للائمة والتي أشرنا اليها من قبل ، فدليل ثبوت العصمة هو الذي يقضي باعتبار ماصدر عنهم سنة ، وهذا المعنى لم ينفرد به الشيخ تقي الحكيم ، كما هو الأمر بالنسبة للشاطبي ، وانما هو رأي الشيعة الامامية جميعا (1) .

فالذي ننتهي اليه من هذا الى أن معنى السنة مختلف فيه ، فالجمهور يقتصر على ماصدر عن الرسول ، ويتعلق بالتشريع ، والامامية يدخلون فيها أقوال المعصومين ، وهذه في الواقع مسألة مفروغ منها وثابتة عن العلماء لاتحتاج الى براهين والى نقاش .

هذا من حيث معنى السنة ، أما من حيث السند فقد وضعوا عدة شروط لقبول الرواية وهي الاسلام ، التكليف أو البلوغ ، الضبط ، العدالة .

الشرط الأول : البلوغ أو التكليف : وعدم التكليف يتحقق بوصفين ، صغر السن والجنون فهؤلاء لاتقبل روايتهما ، لأنهما لايضبطان مايسمعان أو يشاهدان ، ولا يعقلانه على وجهه الصحيح أما اذا كانا يقدران على الضبط فان هذا يتوقف برقف أداء الرواية ، فان أخذها الصغير ، وحافظ عليها الى أن بلغ فأداها ، قبلت هذه الرواية ، أما بالنسبة للمجنون فاذا سمع الرواية ثم أصيب بالجنون وزال عنه هذا العارض تقبل روايته ، أما اذا سمعها أثناء قيام هذا العارض ، ثم أداها بعد زواله لاتقبل هذه الرواية لأنه في وقت الجنون كان غير ضابط (2) .

الشرط الثاني : الاســلام : فلا تقبل رواية غير مسلم ، سواء كان كتابيا أو غير كتابي وهناك

1) الشيخ تقي الحكيم/ المرجع السابق/ ص 121 ومابعدها الى 189 ، حيث فصل رأيه في ورأي الشيعة راجع أبوزهرة / الامام جعفر الصادق / ص 357 ومابعدها .
2) الآمدي / المرجع السابق/ جـ2/ ص101 ، 102 . الشوكاني / المرجع السابق/ ص 50 . السالمي المرجع السابق/ جـ2/ ص 35 .

أسبابا مختلفة لرد رواية هؤلاء منها الفسق ، والصحيح والذي يعول عليه ، هو الذي ذهب الى أن قبول رواية غير المسلم ، يعتبر اعترافا له بالأهلية ، وهذا منصب أشرف من أن يتمتع بها غير المسلم (1). أما المسلم المتبع لبدعة من البدع واشتهر بالكذب والتدين به ، أي بالكذب لنصرة مذهبه فلا تقبل روايته لعدم الوثوق بصدقه ، وان كان متحرجا في مذهبه متحرزا عن الكذب حسب احتراز العدل ، فهو مقبول الرواية ، لأن صدقه ظاهر مظنون ، وقبل أن ترفض روايته ، ولكل من الرأيين أدلته التي يعتمد عليها ، واختلف في معنى الفسق هل يقتصر على الكافر أم يشمل المسلم المرتكب للمعاصي ، فالآمدي اعتبر الفسق صفة خاصة بالكفار ، وان اطلاق هذا على المسلم المقترف للكبائر هو من اطلاق المتأخرين من الفقهاء ، وعرفا لهم وكلام الشارع ينزل على عرفه لا على ما صار اليه عرف الفقهاء (2). في حين أعتبر الشوكاني الفاسق في عرف الشرع هو المسلم المرتكب للكبائر (3).

الشرط الثالث : الضبط (4) : والمراد بالضبط اتقان المعنى عند سماعه والمحافظة عليه حتى يؤديه كما سمعه ، حتى يكون من يسمع منه على ثقة من حفظه وقلة غلطه ، فان كان كثير الغلط والسهو ردت روايته ، الا فيما علم أنه لم يغلط فيه ولا سها عنه ، وان كان قليل الغلط قبل خبره الا فيما يعلم أنه غلط فيه . وان تعادل السهو والغلط أو غلب السهو على الذكر ، فالراوي عدل ، والظاهر منه أنه لا يروي الا ما يثق من نفسه بذكره له وضبطه ، ولهذا فان الصحابة أنكرت على أبي هريرة كثرة روايته ، حتى قالت عائشة رضي الله عنها (رحم الله أبا هريرة لقد كان رجلا مهزارا في حديث المهراس) ومع ذلك قبلوا أخباره لما كان الظاهر من حاله أنه لا يروي الا ما يثق من نفسه بضبطه وذكره ، وأيضا فان الخبر دليل والأصل فيه الصحة فتساوى الضبط والاختلال ، والذكر والنسيان ، غايته أنه موجب للشك في الصحة والشك في ذلك لا يقدم في الأصل .

1) الآمدي / المرجع السابق/ ص 103 . الشوكاني / المرجع السابق نفسه / السالمي / المرجع السابق / ص 32 ، 33 .
2) الآمدي / المرجع السابق/ ص 105 .
3) الشوكاني / المرجع السابق/ ص 51 .
4) الآمدي / المرجع السابق/ ص 106 . وما بعدها . الشوكاني / المرجع السابق/ ص 54 ، 55 . السالمي المرجع السابق/ ص 31 .

الشرط الرابع : العدالة : والعدالة قيل هي الاستقامة ، وقيل العدل التوسط في الأمور من غير افراط (1) ، اما في اصطلاح الاصوليين فهو أهلية قبول الشهادة والرواية عن الرسول صلى الله عليه وسلم (2) .

وللاصوليين تعاريف كثيرة للعدالة ، قيل بأنها هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعا ، حتى يحصل ثقة النفس بصدقه ، ويعتبر فيها الاجتناب عن الكبائر ، وعن بعض الصغائر (كالتطفيف بالحبة) وعن المباحات القادحة في المروءة ، كالاكل في الطريق والبول في الشارع ، وصحبة الأراذل ، والافراط في المزاح الى آخر كل مالا يؤمن جرأته على الكذب برد الرواية (3) ، وقيل أنها عبارة عن استقامة السيرة والدين ، وحاصلها يرجع الى هيئة راسخة في النفس تحمل على ملازمة التقوى والمروءة جميعا ، حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه ،، وذلك انما يتحقق باجتناب الكبائر وبعض الصغائر وبعض المباحات ، فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال (الكبائر تسع ، الشرك بالله ، وقتل النفس المؤمنة ، وقذف المحصنة ، والزنا ، والفرار من الزحف والسحر ، وأكل مال اليتيم ، وعقوق الوالدين المسلمين ، والالحاد بالبيت الحرام) وروى أبو هريرة مع ذلك أكل الربا والانقلاب الى الاعراب بعد هجرة ، وروي عن علي بن أبي طالب أنه أضاف الى ذلك السرقة وشرب الخمر ، أما بعض الصغائر فما يدل فعله على نقص الدين ، وعدم الترفع عن الكذب ، وذلك كسرقة لقمة والتطفيف بحبة ، واشتراط أخذ الأجرة على اسماع الحديث ونحوه .

وأما بعض المباحات فما يدل على نقص المروءة ، ودناءة الهمة ، كالاكل في السوق والبول في الشارع ، وصحبة الأراذل ، والافراط في المزاح ونحو ذلك ، مما يدل على سرعة الاقدام على الكذب وعدم الاكتراث به (4) .

هذا هو تعريف العدالة الى جانب تعاريف أخرى ، وانتهى الشوكاني الى أنها التمسك

---

1) الشوكاني / المرجع السابق / ص 51 .
2) الآمدي / المرجع السابق / ص 108 .
3) الشوكاني / المرجع السابق نفسه .
4) الآمدي / المرجع السابق / ص 109 ، 110 . الساعي / المرجع السابق / ص 38 .

بشأنهم الى اتجاهين :

الاتجاه الأول : ويمثل الأكثرية ، ذهبوا الى أنهم جميعا عدولا لا فرق بين صحابي وآخر ، ولا بين زمان وآخر وهذا اتجاه أهل السنة (1) .

الاتجاه الثاني : وهو اتجاه الاقلية فيما يظهر ، فقد فرقوا بين ماقبل الفتنة وبعدها فقبل الفتنة كان الصحابة كلهم عدولا لايسأل عن حالهم ، أما بعد الفتنة فالصحابي كغيره يحتاج الى امتحان ، لكن هذا فيمن لم يعلم بقائه على العدالة ، وحجته على هذا ظواهر الكتاب والسنة أما الكتاب فكقوله تعالى (محمد رسول الله والذين معه أشداء على الكفار) وغيرها من الآيات الدالة على عدالتهم ، وأما السنة فكقوله صلى الله عليه وسلم أصحابي كالنجوم ، ولأنه صلى الله عليه وسلم كان يقضي بشهادة المسلمين من غير تعديل ، وكذا أبو بكر في خلافته ، وكذا عمر في صدر خلافته ، فلولا ثبوت العدالة لهم ماحكم بشهادتهم من غير تعديل ثم نصب عمر المزكين بعد أن كثرت الخيانات في الناس ، وظهرت شهادات الزور ، أخذ بالاحتياط وتمسكا بالحزم ، وتثبتا في أمر الله تعالى فعلمنا بذلك أي حكمهم قبل الفتن مخالف لحكم من بعدها والله أعلم (2) .

أما بالنسبة للامامية فقد زادوا شرطا الى الشروط السابقة ، وهو أن يكون الراوي اماميا أي من الذين يعتقدون بالامامة ، وأن يكون المروى عنه اماما من الائمة الاثنى عشرة .فلو روى عن غير طريق الائمة خبر آحاد لايقبل ، ولو كان السند متصلا بالنبي كله ، وبعضهم توسط في هذا واشترط أن يكون غير الامامي موثقا من الامامية ، ومعنى هذا ان رواية غير الامامي الموثق من امامي أو الممدوح من الامامية يعني الذي عرف بالصلاح والتقوى وعدم مناصبة آل البيت العداء ، وان لم يدخل في طائفتهم أي لايقول بما يقولون به من عصمة الائمة ووصية النبي صلى الله عليه وسلم لهم

---

1) الآمدي/ المرجع السابق/ ص128 ، 129 ، 130 .

2) هذا كلام السالمي ، وهو رأي الاباضية وقد نقلته حرفيا تقريبا/ ص44 . لكن الثابت أن أبا بكر كان يطلب الشاهد في الرواية ، كما مر بالنسبة لنصيب الجدة ، وعمر كذلك كان يطلب الاشهاد من الجميع ومن اعلام الصحابة أنفسهم ، كما حدث مع أبو موسى الاشعري/ في حديث الاستئذان طيلة خلافته ، لافرق بين الفترة الأولى والفترة الأخيرة .

وايداعه علم الشريعة عندهم ، ولكنه لايفسقهم ولايكفرهم بسبب ما رأوه ، ولكن لايصح دائما أن يكون السند كله غير امامي ، ولوكان جميع رجاله من أهل التوثيق والمدح ، بل لابد أن يكون بعض السند اماميا ، ولايكفي اي امامي في رفع رواية غير الامامي الى مرتبة القبول ، بل لابد أن يكون الامامي نفسه موثقا ، معروفا بالصدق والأمانة لكي يرفع من شأن السند .(1)

هذا مانقله الشيخ أبو زهرة عن كتب أصول الامامية ، ولكن الشيخ تقي الدين ينفي هذا وذهب الى أن الامامية هم أيضا يأخذون بالشروط العامة ، ولايشترطون أن يكون الراوي اماميا (2) لكن الأمر خلاف ماذهب اليه الشيخ تقي الدين . فما نقله أبو زهرة لم يقل به وحده ، فلو انفرد به لأمكن القول بأنه كان متعصبا لمذاهب الجمهور ، ولكن هذا قال به أكثر من واحد فجميع الكتب التي أمكن الاطلاع عليها ذكرت (3) ماذكره أبو زهرة

أثر هذا الاختلاف في شروط الرواية :

تتبدى آثار هذه الروايات في السنة التي صحت عند كل فرقة على حدة ، فالجمهور قد طبقوا الشروط السابقة ، وأخذوا برواية الجميع ، الا من لم تتوفر فيه هذه الشروط الاباضية انفردوا بما روى لهم عن طريق رجالهم فقط واهم سلسلتهم الخاصة ، الامامية انفردوا هم أيضا بما روى رجالهم ، فأدى هذا الى وجود ثلاثة مجموعات من السنة . السنة الثابتة عند الجمهور وتتمثل في مجموعة الصحاح المشهورة وهي :

1) صحيح أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري المتوفي سنة 256 هـ .
2) صحيح أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشري المتوفي سنة 261 هـ .
3) جامع أبو عيسى محمد بن عيسى بن سوره السلمي الترميذي المتوفي سنة 279 هـ .
4) سنن أبي داود سليمان بن الاشعث بن اسحاق بن يشير المتوفي سنة 275 هـ .
5) سنن أبي عبد الله محمد بن ماجة بن يزيد الربعي القزويني المتوفي سنة 273 هـ .
6) سنن أبي عبد الله أحمد بن شعيب النسائي الخرساني المتوفي سنة 304 هـ .

---

1) أبوزهرة/ جعفر الصادق/ ص 379 ومابعدها . 2) الشيخ الحكيم/ المرجع السابق/ ص 219 .
3) جميع كتب المدخل للفقه الاسلامي أشارت الى هذا فالصابوني والحسيني حنفي ، وبدران أبو العينين بدران ، ويوسف محمد موسى وأحمد أمين وغيرهم .

يضاف الى هذه الكتب الستة ، مسند الامام أحمد بن حنبل امام المذهب . ومجموعة الاباضية ، الجامع الصحيح مسند الامام الربيع بن حبيب بن عمر الأزدي البصري ، وقد اشتمل على عدد قليل من النصوص 1005 بعضها متصل وبعضها مرسل ، وسنده قليل سلسلة واحدة تقريبا هي الربيع بن حبيب عن أبي عبيدة مسلم بن أبي كريمة عن جابر بن زيد ، وهم فيما يبدو لايقتصرون على جامعهم ، وانما يأخذون بما صح عند الجمهور ، فالشيخ طفيش الحاج أحمد بن يوسف الجزائري شارح كتاب النيل وشفاء العليل لضياء عبد العزيز بن الحاج ، وهو الكتاب المعتمد عندهم في الجزائر ، أخذ بما في الصحاح كلها (1) ، فقد أخذ بما روى الامام البخاري ومسلم وأبو داود وغيرهم ، كما أنه في شرحه أخذ بآراء الفقهاء المالكيين واستشهد بهم كثيرا ، أما الزيدية فهم حسب الشيخ أبو زهرة والحجوى مستقلين عن الجميع (2) ، ويأخذون من الجميع على قدم المساواة فهم كما رأينا من قبل يعتبرون جميع المسلمين عدولا ولايتقيدون بما روى رجالهم فقط وانما يأخذون بما روى عن طريق غيرهم ومن كتبهم المنشورة ، نيل الأوطار للامام محمد بن علي بن محمد الشوكاني ، رتب الأحاديث وفقا لأبواب الفقه ، وهو مطبوع عدة طبعات ، الطبعة الثانية في القاهرة سنة 1952م ، وقيل أن هذا الكتاب شرح لأحاديث الأحكام التي جمعها الامام مجد الدين عبد السلام ابن عبد الله الحمراني الشهير بابن تيمية .

والامامية لهم كتبهم المعتمدة منها كتاب الكليني المتوفي سنة 328 هـ . وهو أول المحدثين عندهم وأعلاهم منزلة ، وكذلك الصدوق القمي ، والطوسي (3) .

هذه المجموعات الكثيرة المختلفة تعمل كل فرقة بما صح عندها ، وان كان الاباضية ، كما أشرنا من قبل لايلتزمون ولايتقيدون بجامعهم ويأخذون بما صح عند الجمهور ، لكن هل يأخذون بها دون تحفظ ، أم لهم تحفظات خاصة غير التي يعمل بها الجمهور ، لأن مجموعات الجمهور محصت أسانيدها من قبل المحدثين ، فصح منها ماصح وضعف ماضعف ، فأصبحت الأحاديث

---

1) أنظر شرح النيل وشفاء العليل / ط2/ التي احتوت على شرح الشيخ طفيش/ طبعة دار الفتح بلبنان 1972م ويقع في 17 جزءا .
2) الشيخ أبو زهرة / الامام زيد . الحجوى / المرجع السابق/ ج3/ ص69 ومابعدها .
3) الشيخ أبو زهرة/ الامام جعفر الصادق / ص425 ومابعدها ، أحمد أمين/ ظهر الاسلام/ ج4/ ص125 .

مقسمة الى صحيحة وضعيفة ، مسألة كثرة هذا النوع أو ذاك غير مطروحة ، فالمعمول به ، والواجب العمل به ، الأحاديث الصحيحة فقط هي التي يحتج بها فقط ، أما ما لدى الامامية يبدو أنه لم يدرس الى حد الآن ، ولم يعرف من قبل غيرهم بما فيه الكفاية .

تقييم هذا الاتجاه بآرائه المختلفة .

لعل العرض السابق والاشارة الى المسالك التي سار فيها الاجتهاد بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم الى حين تأسيس المذاهب الفقهية التي تعتبر الذروة التي وصل اليها الاجتهاد فقد بحثت جميع أبواب الفقه ، ووضحت جميع الفروع تقريبا ، ولم يبق منها الا النزر اليسير بسبب عدم وقوعه أو تصوره ، هذا اعتمادا على أن بعض الأئمة كان يلجأ الى افتراض الوقائع واستنباط أحكامها .

الدليل على ماسبق ان من جاء بعد الأئمة سواء أئمة المذاهب الأربعة المشهورة أو غيرها كالمذاهب الشيعية لأن أئمتها عاشوا في نفس العصر الذي عاش فيه الامام مالك ، وأبو حنيفة وجدهم قد كفوه مشقة استقراع جهده ، فآثر السير في ركابهم وتعرض لما لم يتعرضوا له ، من قبل وألحقه بما أنتهوا اليه ، وحتى الذين حاولوا الاجتهاد بعدهم انتهى الى آرائهم ، والاختيار من المذاهب .(1)

وان أهم مايلاحظ خلال هذه المسيرة ، هو انقسام المسلمين الى جمهور وغير جمهور وانقسام الجمهور الى أهل الحديث وأهل الرأي ، وان هذا الانقسام الذي ترتب عنه الخلاف يرجع الى الموقف من سند الشريعة ذاته ، فالجمهور اعتبروا ان الرسول صلى الله عليه وسلم بلغ رسالته للمؤمنين به ، وأخذوها عنه كما هي دون زيادة أو نقصان ، وفهموها كما أفهمهم ، ان يكن كل واحد منهم قد فهم جميع ماجاء به ، الا أنهم في مجموعهم قد فهموها كما هي ، بعد انتقاله الى الرفيق الأعلى قام هؤلاء الصحابة الذين رضي الله عنهم (لقد رضي الله عن المؤمنين اذ يبايعونك تحت الشجرة فعلم مافي قلوبهم فأنزل السكينة عليهم وأثابهم فتحا قريبا)(2) بتبليغ

1) موسوعة الفقه الاسلامي / جـ1/ ص64 . 65 .
2) سورة الفتح / الآية 17 .

ماتلقوه الى غيرهم ، والجمهور وثق فيهم ثقة تامة ، واعتبر ماوصل اليه عن طريقهم هو نفس مابلغه النبي دون زيادة أو نقصان ، وان كان انقسم الى أصحاب الرأي وأصحاب الحديث ، فان هذا الانقسام نتيجة حتمية مادامت الشريعة وضعت الأسس العامة وتركت التفاصيل حتى يكون المسلمون في سعة من أمرهم ، وهذا ماتم بالفعل ، فالائمة اختلفوا في هذه التفاصيل نتيجة لاختلاف البيئة التي عاش فيها كل واحد منهم وملكاته العقلية ، أما الأصول فلم يختلفوا فيها . أما غيرهم فقد وقف من هذا السند مواقف مختلفة كما رأينا من قبل فقد اتخذ من الخلافة سببا وكمدخل للنيل من الصحابة والمسلمين ، فالشيعة اعتمدوا على الوصية وهي فكرة غريبة عن الشريعة وأصروا عليها واتهموا الصحابة بأنهم لم يفهموا اشارات النبي وعباراتهم ، ولم يطبقوها وبذلك خالفوا أمر الرسول صلى الله عليه وسلم أو أنهم فهموه وكتموه . وفي كلتا الحالتين لايعتبرون أهلا للثقة وتبرأ من أكثريتهم وشمل بعضهم فقط بحبه الذي وصل الى درجة التقديس ، والخوارج بصفة عامة رأوا أن هناك انحرافا وان سند الشريعة قد خرج عن الطريق السوي ، وجعلوا من الخلافة كذلك المدخل الذي يدخلون منه ويثبتون لأنفسهم الأهلية الكاملة لتصحيح هذا الانحراف ، واعتدوا الى فكرة التكفير وطبقوها أول ماطبقوها على الصحابة أنفسهم ، واكتفوا بحب أنفسهم وحب الشيخين فقط واعتمدوا على ماوصل اليهم عن طريق رجالهم من السنة ، وعلى ظاهر القرآن وأوّلوه حسب فهمهم ، ثم كفروا بعضهم البعض ، هذا السبب الرئيسي للخلاف والانقسام ، انعكس على نظرية المصادر ، حيث وصل مداه في المصدر الثاني الأصلي ، رغم اتفاق الجميع على الأخذ به ، مما يدل على أن نظرية المصادر كما هي في علم أصول الفقه ، هي أصول نظرية مجردة لاقيمة لها بذاتها ، وانما قيمتها في المعنى الذي يعطي لهذه الأصول انطلاقا من أساس معين ، فاذا كان الأساس متنازعا فيه أو غير سليم فان النتيجة التي تترتب عنها لاتكون مقبولة رغم ان المصدر الذي اعتمد عليه صحيحا وسليما ومسلما به في علم أصول الفقه .

لذا فان القول بالاعتماد على نظرية المصادر وحدها هو رأي مثالي فيه تطلع الى مرحلة تاريخية قصيرة مر بها المجتمع الاسلامي ، هي الفترة الواقعة بين وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم

وبداية الوضع في الحديث ، ففي هذه الفترة كانت الفتوى مقبولة من كل من توفرت فيه الشروط أما بعد ذلك فقد بدأ الفرز على أساس الرأي السياسي ، وعلى أساس كون المجتهد أهلا للاجتهاد أم لا . الا أن هذا الرأي لايمكن اغفاله نهائيا اذ يمكن ادخال بعض التعديلات عليه وتقييده ويصبح مقبولا وله أساس في الواقع العملي فمذاهب الجمهور الأربعة ينطبق عليها هذا الرأي تمام الانطباق ، فهي متفقة في أساسها ، وهو أساس علمي صرف كما رأينا من قبل ، وفي المصادر الأساسية الكتاب والسنة والاجماع والقياس ، ولأن الرأي استقر واتفق عليه جميع الأصوليين تقريبا وهو أن المختلفين في الفروع يعتبر كل واحد منهم مصيبا .

وفكرة الأخذ بها جميعا طرحت منذ مدة ليست بالقصيرة ، ربما سبقت ظهور مبادىء الشريعة الاسلامية كمصدر رسمي (1) ، وتم نوع من الاتفاق بين فقهاء الشريعة ، وفقهاء القانون على الاقتباس من جميع المذاهب ووضع تشريع اسلامي يساير الواقع ، ولكن هذه الفكرة لم تتم الى حد الآن وللأسف فلو تم هذا التعاون فان مبادىء الشريعة لاتبقى مصدرا احتياطيا ورغم هذا فانه لايوجد مايمنع من الاختيار من هذه المذاهب جميعا بشرط أن يتم ذلك في اطار سليم ، ويتولاه من هو أهلا لذلك سواء من فقهاء الشريعة أو القانون .

يبقى الرأي الثاني في هذا الاتجاه والذي ذهب الى الاقتصار على المذهب المالكي وعلى الكتب المعتمدة فيه ، يبدو وأنه أصح الآراء نظرا لما فيه من سلامة للقضاء وصونا للشريعة من التأويل الخاطىء ، وسد باب الفوضى ، فضلا عن كونه الرأي الوحيد الذي أعطى لمبادىء الشريعة الاسلامية معنى محددا ، وأثبت لها محتوى معينا مقبولا لايتنافى مع طبيعتها كعقيدة وشريعة قائمة على أسس علمية يجب مراعاتها واشتراطها عند تطبيقها .

لكن الحجة التي استند اليها في استبعاد الأخذ بالاتجاه الموسع وهي حجة آنية ، فقد زالت المبررات التي تؤيدها ، أو هي في حكم الزائلة ، فكتب الفقه من مختلف المذاهب في جميع

1) موسوعة الفقه الاسلامي / ج1/ ص103 .

جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الاسلامية ، فقد فتحت أقساما للدراسات العليا في الفقه وهي لاتدرس المذهب المالكي فقط ، ومجلسها العلمي يضم بعض خيرة العلماء في العالم الاسلامي .

يبدو لي أن هذا كافيا لمعرفة المذاهب الأخرى معرفة علمية صحيحة ، ويمكن بالتالي أن نبادر الى الأخذ باتجاه موسع وتطبيقه عمليا ، بأخذ نظريات الفقه الاسلامي واحلالها محل النظريات المعمول بها حاليا حتى يصبح تشريعنا أكثر التصاقا بالواقع العملي ، وأكثر ارتباطا بالتشريع الاسلامي ، وأشير هنا الى بعض النظريات كنظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي (1) واحلالها محل نظرية البطلان النسبي لأن الأخيرة مضطربة في أساسها ولاتستوعب في الواقع العملي جميع الحالات التي تدخل تحتها ، وكذلك نظرية المسؤولية الموضوعية بدل المسؤولية القائمة على أساس الخطأ (2) ، التي أثبت الزمن عدم صلاحيتها ودخلت عليها الاستثناءات الكثيرة حتى أصبحت القاعدة في ذاتها استثناء ، والى أن يتم هذا فانا نرى على ضوء هذا الاتجاه ضرورة تغيير صياغة المادة الأولى مدني جزائري وتصبح كالتالي (يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها ، واذا لم يوجد نص تشريعي ، حكم القاضي بمقتضى أحكام الفقه الاسلامي المعتمدة ، فاذا لم يوجد حكم بالقواعد الفقهية المشهورة) . وتحذف مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة (2) ، لأن القواعد الفقهية المشهورة تغني عن الرجوع الى مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، لأن القواعد الفقية ثابتة ومحددة ، أما مبادىء القانون الطبيعي وقواعد العدالة فانها مجرد موجهات مثالية ينقصها التحديد وهي محل خلاف . على أن يراعي في تطبيق الفقرة الثانية عدم الاقتصار على مختصر خليل ورسالة أبي زيد القيرواني ، وانما باستعمال أمهات المذهب كالموطأ ، شرح الباجي ، شرح الزرقاني ، والمدونة الكبرى ، بعد اجازتها من الجهات المختصة العلمية والادارية .

---

1) يمكن الوقوف على ما ذهبنا اليه بمراجعة القانون المدني العراقي(م 133،136) نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي/ عبد الرزاق حسن فرج / دار النهضة العربية/ القاهرة 1969 . جميل الشرقاوي / نظرية بطلان التصرف القانوني / رسالة دكتوراه/ القاهرة 1956 . عبد الرزاق السنهوري/ الوسيط/ ج 2 ماجد الحلواني / نظرية الالتزام/ دمشق 1961 (م 397،399) من القانون المدني الجزائري والقانون التجاري فيما يتعلق ببطلان الشركات ، وفي المسؤولية التقصيرية تكفي مراجعة المواد 124 الى 137 مدني جزائري ، ومقارنتها بالمواد 186 ومابعدها 191 من القانون المدني العراقي .

2) وحيد الدين سوار / المرجع السابق/ ص 92 ، 93 ، 94 .

خاتمــــة //

رأينا من خلال هذه الدراسة ، ان مبادئ الشريعة الاسلاميــة كمصدر رسمي لم يخـل منها أي تشريع من التشريعات العربية ، باستثناء القليل منها ، وقد نصت عليها بعض الدساتير أيضا .

وقد رأينا كيف كانت المصدر الأول والأخير ، ثم كيف بدأ التخلي عنها تدريجيا وحلــت محلها القوانين المستمدة من عدة مصادر ، وأغلبها استمد من قانون معين ، وبعبارة أحســـن من نظام قانوني محدد ، وأن هذا النظام نشأ بعيدا عن البيئة التي كانت تطبق فيها الشريعة الاسلامية ، وان النقل منه تم بسبب ضعف المسلمين وانحطاطهم ورغبتهم في اللحاق بركــــب التقدم عن طريق اقتباس هذه القوانين ، في حين ان التشريع وحده لا يقدم ولا يؤخر ، لانـــه وليد البيئة بجميع مكوناتها الفكرية والطبيعية ، وما هو نتاج بيئة معينة لا يصلح تماما للبيئـــة الأخرى .

ورأينا كيف تم الرجوع الى الفقه الاسلامي ، وان هذا الرجوع يعتبر تراجعا جزئيا عــن اقتباس التشريعات الأجنبية ، والمجال الذي ظهر فيه هذا التراجع ونطاقه ، وانه قد يبـــدو رجوعا الى الشريعة الاسلامية ، ولكنه في الحقيقة ليس كذلك ، وانما هو استمرار لهذا الاقتبـــاس والنقل ، لأن من قام بهذا كان مدفوعا بدافع آخر ، وله وجهة نظره المسبقة على الفقه الاسلامـي وأنه خلط بين الفقه والشريعة وطبق مفاهيم نظام قانوني معين هو النظام اللاتيني على الشريعــة الاسلامية ، انطلاقا من أن هذا النظام يعتبر قمة التطور ، وان الشريعة الاسلامية أقل منــــه تطورا ، وكيف أدت هذه النظرة الضيقة الى اختلاف وجهات النظر كثيرا ، وان أكثرها غــــير واقعي . ورأينا كيف تمت محاولة الوصول الى الكمال عن طريق المزج بين الأحكام المختلفــــة المقتبسة من عدة مصادر ، وكيف صور هذا الكمال في تعدد المصادر المنصوص عليه في المـــادة الأولى ، وحقيقة هذا التعدد .

والشريعة الاسلامية احدى الأنظمة المتميزة وهي في الحقيقة نظام فريد من نوعه ، جمع بين مزايا الأنظمة السماوية والوضعية فمصادرها الأساسية موحى بها من قبل عليم خبير وأساسه الأول هو العقيدة والتي لاتتم الا بالاقتناع وبايتالبه هذا الاقتناع من سلوك معين يجب أن يتحلى به المسلم من عبادات وأخلاق فاضلة وهذا ما احتوت عليه التشريعات السماوية ، وهذا الجانب من التشريع جانب تربوي فيه تهذيب النفوس وصقلا لها وتعودها على الطاعة والامتثال وتنمي الشعور بالمساواة فتقوي روابط الجماعة ، وهذا مفقود في الأنظمة الوضعية التي تقتصر على العلاقات بين الأفراد والجماعات فقط قائمة على أساس ما تتمتع به السلطة العامة من اختصاص بحمل المخالفين لأحكام التشريع على الطاعة والامتثال ، وفي هذا الجانب التقى التشريع الاسلامي بالنظم الوضعية . وهذا الجانب يعتبر جزء منه وليس هو التشريع الاسلامي كله .

فمعرفة التشريع الاسلامي والحكم له أو عليه لابد وأن يتم بالنظر اليه من جميع الجوانب أما النظر اليه نظرة جزئية كتشريع يحكم العلاقة بين الأفراد ويقوم بدور الصيانة للنظام الاجتماعي فان هذه النظرة لاتفضي الى نتيجة مرضية .

التشريع الاسلامي مصطلحات معينة وضعت من قبل فقهائه وتعبر تعبيرا دقيقا عن معانيه المختلفة ، واستخدام مصطلحات أخرى جديدة أو بعيدة عنه ، قبل التأكد مما اذا كانت هذه المصطلحات تطابق هذه المعاني أو لاتطابقها يؤدي الى عدم التعرف على هذه المعاني وربما كان مصطلح مبدأ دليلا على هذا .

للتشريع الاسلامي منهجا خاصا به هو منهج القرآن الذي لم يأت ككتاب قانون وانما جاء في شكل خاص انفرد به ، جامعا لكل المعاني التي احتوى عليها بجانب بعضها ، وقد اتبع الفقهاء المسلمون هذا المنهج وساروا عليه ، ولذلك لايلاحظ فيه تقسيم قواعده بحسب طبيعة العلاقات التي تنظمها وتحكمها كذلك لم ينشأ عندهم الاختصاص الجزئي الملاحظ في النظام القانوني اللاتيني من وجود فقيه في القانون العام وفقيه في القانون الخاص ، وانما هناك اختصاص عام ، لأن الاجتهاد في الشريعة يتطلب أن يكون المجتهد على المام كامل بهذا التشريع خاصة

مصادره الأصلية الكتاب والسنة ، ودراسته من خلال منهج نظام قانوني آخر لا يستقيم أبدا ، وقد رأينا كيف لم توفق فكرة اعتبار حق الله هو القانون العام ، وحق العبد هو القانون الخاص ، وهذا ربما لأن الدارس لها اعتمد على وجهة نظر الأحناف فقط ، والفقهاء الأحناف رغم مكانتهم وجهدهم المعترف به من قبل جميع الفقهاء المسلمين الا أن وجهة نظرهم ليست الأولى والأخيرة ، وانما هناك آراء المذاهب الأخرى ، وقد رأينا كيف أن بعض الفقهاء من المذاهب الأخرى لم يسلم بتقسيم الأحناف وأن وجهة نظرهم ربما أصدق في هذه المسألة ، وهنا ينبغي التذكـــــير ان الشريعة الاسلامية كتاب وسنة تشريع الهي مقدس هي خاتمة الرسالات ، موجهة الى البشر جميعا والى الأبد لا يستطيع أي اتجاه فقهي معين فهمها واجلاء كل حقائقها ومعانيها وأحكامها ، وبالتالي لا يستطيـــع أي مجتهد أن يزعم ان اجتهاده أو مذهبه هو الذي يمثل الشريعة وحده لذلك وجدنا الأصوليـــين قد سلموا أن كل مجتهد في الفروع مصيب ولـــم يذهب أي امام من الأئمة الى القول بالـــزام الناس بآرائه ، ولعل رفض الامام مالك رضي الله عنه العرض الذي عرضه عليه الخلفاء العباسيـــين أفضل دليل على هذا ، وهذا لم ينفرد به الامام مالك ، وانما كان مسلك فقهاء الصحابة رضوان الله عليهم الذين كانوا يصرحون عندما يتصدون للاجتهاد - ان كان صوابا من الله وان خطأ فمن نفسـي أو من الشيطان .

هذه الحقيقة يجب أن نسلم بها كما سلم بها الصحابة والأئمة من التابعين وغيرهم .

ما دام الأمر بهذه الكيفية وعلى هذا النحو فان القول بمبادئ الشريعة والحكم عليهـــا من خلال رأي صادر من شخص واحد أو عدة أشخاص ، ووفقا لمفهوم بعيد عن الشريعة قول ابتعـــد عن الحقيقة كثيرا ، وفيه الكثير من التكلف والتسليم به من قبل الغير فيه الكثير من الخطأ ، لأن الرأي في الشريعة الاسلامية اذا صدر ممن هو أهلا لذلك فانه مجرد رأي اجتهادي لا يختلف عن بقيـــة الآراء التي تتفق أو تختلف معه ، وان صدر ممن ليس أهلا لذلك فانه يعتبر من قبل الهوى ، والهوى مرفوض في التشريع بصفة عامة سواء كان وضعيا أو سماويا .

لذا كان الرأي الذي ذهب الى التقيد بأحكام الشريعة وفقا لمذهب معين رأيا وجيها للغاية

ومعبرا عن الحقيقة ، وعلى هذا نعتقد ان فكرة التزام مذهب معين فكرة سليمة للغاية ، ويجب المحافظة عليها والتزامها من قبل القضاة خاصة ، أما فكرة الاخذ بجميع المذاهب في القضاء أمر تكتنفه صعوبات جمة ، وليس في متناول أي كان ، فهو في متناول من بلغ درجة الاجتهاد ويبد و أن الرأي يتجه الى عدم التقيد بالمذاهب عند وضع التشريع فقط ، بشرط أن يشارك فقهاء الشريعة مشاركة جدية ، حتى يتم التوفيق بين الآراء المختلفة . وبهذا يكون التشريع مسايرا للوقائع ، مع بقائه في نفس الوقت في اطاره الاسلامي .

قائمـــة المراجـــع

1) باللغـة العربيـة :

أ - الكتـــب :

1) ابراهيم أنيس وآخرين . المعجم الوسيط .

2) أحمـد أميـن . فجر الاســلام .

3) أحمـد أميـن . ضحى الاسلام .

4) أحمـد أميـن . ظهـر الاسلام .

5) أحمد مصطفى المراغي . تفسير المراغـي .

6) ابراهيم الخايلـي . المدخل العلوم القانونية .

7) أحمد سعيد الدرجيني . طبقات المشائخ بالمغرب .

8) أنـور سلطـان . المبادىء القانونية العامة .

9) ابن أبي الحديـد . شرح نهج البلاغـة .

10) أبو جعفر محمد جرير الطبري . جامع البيان عن تأويل أي القرآن .

11) " " " " " " . تاريخ الأمم والملـوك .

12) أبو عبد الله بن أحمد الانصاري القرطبي .. الجامع لأحكام القرآن .

13) أبو الفضل عياض بن موسى بن عياض اليحصبي السبتـي . ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة اعلام مذهب مالك .

14) أبو الحسن علي بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيباني (ابـن الأثير) . الكامل في التاريخ .

15) أبو بكر أحمد بن علي الخطيب البغدادي . تاريخ بغداد أو مدينة الاسلام .

16) أبو العباس محمد بن يزيد المبرد . الكامـل .

17) أبو نعيم أحمد بن عبد الله الاصبهاني .	حلية الأولياء وطبقات الأصفياء .
18) أبو عبد الله بن القيم الجوزي .	زاد المعاد في هدى خير العباد .
19) " " " " " .	اعلام الموقعين عن رب العالمين .
20) أبو محمد عبد الرحمن بن أبي حاتم الرازي .	الجرح والتعديل .
21) أبو اسحق ابراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي (الشاطبي) .	الموافقات في أصول الشريعة .
22) أبو محمد عزالدين بن عبد العزيز بن عبد السلام .	قواعد الأحكام في مصالح الأنام .
23) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم .	الأحكام في أصول الأحكام .
24) أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم .	الفصل في الملل والأهواء والنحل .
25) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي .	احياء علوم الدين .
26) " " " " " " " " .	المستصفى .
27) أبو الحسن علي بن أبي علي بن محمد الآمدي .	الأحكام في أصول الأحكام .
28) أبو الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر أحمد الشهرستاني .	الملل والنحل .
29) أبو الفضل أحمد بن علي بن حجر العسقلاني .	الاصابة في تمييز الصحابة .
30) " " " " " " " " .	فتح الباري شرح صحيح البخاري .
31) " " " " " " " " .	بلوغ المرام من أدلة الأحكام .
32) أبو الحسن علي بن اسماعيل الأشعري .	مقالات الاسلاميين واختلاف المصلين .

33) أبوبكر محمد بن عبد الله ـ ابن العربي ـ. أحكام القرآن .

34) أبو العباس شهاب الدين الصنهاجي . ـ القرافي ـ .	الفروق .
35) أبو القاسم جار الله محمد بن عمر الزمخشري الخوارزمي .	الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل .
36) أبو اسحق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروزابادي ـ الشيرازي ـ .	المهذب في فقه الامام الشافعي .
37) أبو القاسم سراج الدين بن عبد الله الانصاري (ابن الشاط) .	أدرار الشروق على أنواء الفروق .
38) أبو عبد الله شمس الدين الذهبي .	تذكرة الحفاظ .
39) أبو عبد الله محمد بن اسماعيل بن ابراهيم البخاري .	صحيح البخاري بشرح النووي .
40) أبو الحسن مسلم بن الحجاج بن مسلم القشيري .	صحيح مسلم بشرح النووي .

41) أبو محمد عبد الملك بن هشام المعافري . السيرة النبوية .

42) أبو العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن أبي بكر بن خلكان .	وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان .
43) أبو الحسن علي بن الحسين بن علي المسعودي .	مروج الذهب ومعادن الجوهر .
44) أبو الفلاح عبد الحي بن العماد الحنبلي .	شذرات الذهب في أخبار من ذهب .
45) أبو محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري .	الامامة والسياسة .
46) أبو محمد عبد الله بن مسلم ابن قتيبة الدينوري .	المعارف .

47) القطب محمد القطب . الاسلام وحقوق الانسان

48) البير نصر . أهم الفرق الاسلامية .

49) بدران أبو العينين بدران . الشريعة الاسلامية تاريخها ونظرية الملكية .

50) بدر الدين الزركشي . البرهان في علوم القرآن .

51) ثروت أنيس الأسيوطي . الصراع الطبقي وقانون التجار .

52) جمعية الدراسات الاسلامية (القاهرة) . موسوعة الفقه الاسلامي .

53) جمال الدين محمد بن مكرم الانصاري (ابن منظور) . لسان العرب .

54) " " " " " . لسان العرب المحيط .

55) جبران مسعود . رائد الطلاب .

56) جواد تسهير . العقيدة والشريعة في الاسلام .

57) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر (السيوطي) . الاشباه والنظائر في الفروع .

58) " " " " " " . الاتقان في علوم القرآن .

59) جميل الشرقاوي . نظرية بطلان التصرف القانوني .

60) حسن كيره . المدخل الى القانون

61) حمد عبيد الكبيسي وآخرين . المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية .

62) حمدي عبد الرحمن مبادئ القانون .

63) رشيد رضا . تفسير المنار .

64) زكي مصطفى عبد المجيد . القانون المدني السوداني – تاريخه وخصائصه – .

65) سمير تناغو . نظرية القانون .

66) شعبان محمد اسماعيل . أصول الفقه – تاريخه ورجاله – .

67) شفيق العانـي . الفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني الموحد فـي البلاد العربية .

68) صبحـي محمصـاني . فلسفة التشريـع في الاسـلام .

69) " " " . الأوضاع التشريعية في البلاد العربية ـ ماضيهـا وحاضرها ـ .

70) صلاح الدين دبوس . الخليفـة .

71) عـلال الفـاسي . مقاصـد الشريعـة .

72) علي علي منصـور . المدخل للعلوم القانونية والفقه الاسلامـي .

73) علي بن هايـة وآخرين . القاموس الجديد للطـلاب .

74) علي بن محمد الشريف الجرجاني . كتاب التعريفـات .

75) عمر بن حسن بن عثمان خلاتـة . الوضع في الحديث .

76) عجاج الخطيب . السنة قبل التدوين .

77) عمـار طالـبي . آراء الخوارج الكلاميـة .

78) علي يحي معمـر . الاباضية بين الفـرق الاسلاميـة .

79) عائشـة عبد الرحمن . موسوعة آل النـبي .

80) عبد الرزاق السنهـوري . الوسيط في شـرح القـانون المدنـي .

81) " " " " " . مصادر الحق في الفقه الاسلامـي .

82) عبد الرزاق السنهوري وحشمت أبوستيت . أصـول القـانون .

83) عبد المنعم فرج الصده . مبادئ القانون .

84) عبد الرحمن الـبزاز . مبادئ أصول القانون .

85) عبد الناصر توفيق العطار . مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الاسلامية .

86) " " " " " . مبادئ القـانون .

87)	عبد الحليم زيدان .	أحكام الذميين والمستأمنين .
88)	عبد السلام الترمانيني .	نظرية الظروف الطارئة .
89)	" " " " .	تاريخ القانون .
90)	عبد الحميد متولي .	الشريعة الاسلامية كمصدر أساسي للدستور .
91)	عبد الرحمن بن خلدون .	المقدمة
92)	عبد الرحمن الصابوني .	محاضرات في المدخل لعلم الفقه .
93)	عبد الوهاب خلاف .	علم أصول الفقه .
94)	عبد الجليل عيسى .	ما لا يجوز فيه الخلاف بين المسلمين .
95)	عبد الرحمن الشرقاوي .	أئمة الفقه التسعة .
96)	عبد القاهر البغدادي .	الملل والنحل .
97)	عبد الرحمن بن علي بن الجوزي .	الموضوعات .
98)	عبد العلي محمد بن نظام الدين الانصاري .	فواتح الرحموت على شرح مسلم الثبوت .
99)	عبد الرزاق حسن فرج .	نظرية العقد الموقوف في الفقه الاسلامي .
100)	غريب الجمال .	مدخل لدراسة مقارنة في المبادىء العامة للشريعة والقانون .
101)	فتحي الدريني .	نظرية التعسف في استعمال الحق .
102)	" " " .	الفقه الاسلامي المقارن مع المذاهب .
103)	فتحي عبد الصبور .	الشخصية المعنوية للمشروع العام .
104)	فؤاد فرام البستاني .	دائرة المعارف .
105)	كامل السمرائي .	القانون المدني العراقي .
106)	محمد أبو زهرة .	مقدمة موسوعة الفقه الاسلامي .
107)	" " " " .	تاريخ المذاهب .
108	[illegible]	[illegible]

108) محمد أبو زهرة . جعفر الصادق .

109) " " " " . زيد .

110) " " " " . الامام مالك .

111) " " " " . أصول الفقه .

112) محمد نعمان . مرجز المدخل للقانون .

113) محمد عبد الهادي الشقنقيري . مذكرات في تاريخ القانون المصري .

114) محمد الحسيني حنفي . المدخل لدراسة الفقه .

115) مصطفى أحمد الزرقاء . المدخل الفقهي العام .

116) محمود قاسم . جمال الدين الافغاني – حياته وفلسفته – .

117) محمد الخضر حسين . الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان .

118) محمد سلام مدكور . المدخل للفقه الاسلامي .

119) " " " " . علم أصول الفقه .

120) محمد يوسف موسى . المدخل لدراسة الفقه الاسلامي .

121) " " " " . المدخل لدراسة الفقه الاسلامي ونظام المعاملات فيه .

122) محمد بيصار . العقيدة والأخلاق في الاسلام .

123) محمد مرتضى الزبيدي . تاج العروس من جواهر القاموس .

124) محمد بن ادريس الشافعي (الامام) . الرسالة .

125) " " " " . الأم .

126) محمد بن سعد بن منيع البصري (ابن سعد) . الطبقات الكبرى .

127) محمد الرازي فخر الدين . التفسير الكبير ومفاتيح الغيب .

128) محمد رأفت عثمان . الحقوق والواجبات والعلاقات الدولية في الاسلام .

129) محمد فريد وجدي . دائرة معارف القرن العشرين .

130) محمد عبد الجواد . بحوث في الشريعة الاسلامية والقانون .

131) محمد بن علي محمد الشوكاني . ارشاد الفحول .

132) محمد عبد الله بن حميد السالمي . شرح طلعة الشمس على الألفية .

133) محمد بن يوسف أطفيش . شرح كتاب النيل وشفاء العليل .

134) محمد تقي الحكيم . الأصول العامة للفقه المقارن .

135) محمد بن الحسن الحجوي الثعالبي . الفكر السامي في تاريخ الفقه الاسلامي .

136) محمد جواد مغنية . علم أصول الفقه في ثوبه الجديد .

137) محمد آل الحسن كاشف الغطاء . أصل الشيعة وأصولها .

138) محمد رضا المظفر . عقائد الامامية .

139) محمود شلتوت . الاسلام عقيدة وشريعة .

140) مجد الدين دويدار . مصادر القانون المدني الجزائري .

141) مناع القطان . التشريع والفقه الاسلامي .

142) مصطفى شلبي . المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي .

143) مصطفى زيد . النسخ في القرآن .

144) " " " " . المصلحة عند نجم الدين الطوفي والفقهاء المسلمين .

145) نادية شريف العمري . اجتهاد الرسول .

146) الشيخ نظام وآخرين . الفتاوى الهندية في مذهب الامام الأعظم أبي حنيفة النعمان .

147) هشام القاسم . المدخل الى علم القانون .

148) وزارة العدل السورية . موسوعة جمال عبد الناصر الفقه الاسلامي .

149) وحيد الدين سوار . محاضرات في القانون المدني الجزائري .

150) دائرة المعارف الاسلامية .

ب ـ الوثائق الرسميـة ـ

1) القانون المدني الجزائـري .
2) القانون التجاري الجزائري .

3) الأعمال التحضيرية للقانون المدني الجزائري . 4) قانون الأسرة الجزائري .

5) القانون المدني المصـري .

6) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصـري .

7) القانون المدني العراقي .

ج ـ البحـوث والمقـالات :

01) عمار طالبي . ـ الاستدلال عند الأصوليين .
جمعية الدراسات الاسلامية / باكستان .

02) عبد السلام الترمانيني . ـ العدل والعدالة في الاسلام .
مجلة القانون والشريعة / الكويت .

03) محمود قاسـم . ـ جمال الدين الافغـاني .
مجلة الثقافة/ الجزائر .

04) يحي بكـوس . ـ تطبيق الشريعة الاسلامية في الجزائر .
نشرة القضاة / الجزائر .

05) يوسف الكتـاني . ـ الحاجة الى الاجتهاد ومجالاته اليوم .
الملتقى 17 الفكر الاسلامي / الجزائر .

06) الطاهر بن محمود المعمـوري . ـ شروط المجتهد ومراتب المجتهدين .
الملتقى 17 للفكر الاسلامي / الجزائر .

07) طه جابر فياض العلواني . ـ الرأي والاحتجاج به في مجال الفتـوى .
الملتقى 17 للفكر الاسلامي / الجزائر .

08) محمد الحاج بلحاج . ـ الاجتهاد في المذهب الاباضـي .
الملتقى 17 للفكر الاسلامي / الجزائر .

09) خليل الميـس . ـ القواعد الشرعيـة .
الملتقى 17 للفكر الاسلامي / الجزائر .

10) عبد الرزاق السنهـوري . ـ وجوب تنقيح القانون المدني .
مجلة القانون والاقتصاد / مصر .

11) حامد زكـي . ـ عقد التوريد وتغير الظروف الفجـائي .
مجلة القانون والاقتصاد / مصر .

12) أحمد ابراهـيم . ـ الأهلية وعوارضها .
مجلة القانون والاقتصاد / مصر .

استدراك : سقطت بعض المراجع ولم تذكر في موضعها ونذكرها هنا

1) الامام مالك بن انس المدونة الكبرى برواية سحنون
2) الامام الربيع بن حبيب (مسند) الجامع الصحيح
3) ابو الوليد محمد بن احمد بن محمد بن احمد بن رشد
بداية المجتهد ونهاية المقتصد
4) الشيخ محمد الخضري
تاريخ التشريع الاسلامي

2) المراجع باللغة الاجنبية

1- POUL ROUBIER Théorie Générale du Droit.

2- G. RIPER les forces créatrices du Droit

3- JEAN VINCENT Procedure civil

4- JAQUES LAMBERT Manuel de législation Algérien

5- SBA BRAHIM La Formation d'un Droit Musulman Algérien
Mémoire de MAGISTER Université de Constantine I985.

II-A RTICLES

(E) LAMBERT Extrait du compte rendu des déliberations de la section Générale du Congres International du Droit Compare, tenu à la HAYE du 2 au 6 Avril I932 IN REVUE ALGANOUN WAL Lotissad 2e Année.

II-A R R E T S.

Cour de cassation 25/7/I938 DH I938 p 531.

فهـــرس المحتويـــات

الموضـــوع | الصفحة

الموضوع	الصفحة

جـــــدول الأخطـــــــاء

1) الآيات التي ذكرت في البحث ، ولم تذكر سورها .
2) تصحيح الأخطاء المطبعية .

صفحة	سطر	سورة	آية
59	1	آل عمران	19
59	2	الكافرون	6
59	2	الشورى	12
76	4	النحل	7
86	16	النساء	29
86	17	البقرة	86
101	10	المائدة	6
101	11	البقرة	185
101	12	الطلاق	7
103	5	المائدة	3
103	12	الأنعام	45
103	13	الرحمن	9
105	6	الكهف	49
115	4	التوبة	105
115	9	النساء	5
115	16	البقرة	188
118	12	الفرقان	32
158	6	الأحزاب	37
158	هامش 5	التوبة	11
212	6	البقرة	228
214	1	الطلاق	4
214	12	البقرة	234
214	13	البقرة	236
217	9	البقرة	236
282	18	البقرة	143

صفحة	سطر	خطأ	صواب
أ	16	استيقت	استقيت
ب	15	واضح ومعقول	واضحا ومعقولا
د	11	فن	من
2	1	واعيد ت	أو أعيد ت
2	8	الاول والثاني	الاول وفي الثاني
4	4	سقطت كلمة الخلط	
5	9	مالي	سالي
8	7	المذهب	المذاهب
9	17	وبطها	وبطاشها
11	6	ومن	وما
12	هامش2	هي مباد ىء العد القوقواعد	مباد ىء القانون الطبيعي وقواعد العد الة .
14	15	ان افتقر	اذا افتقد
15	هامش2	ازد احا	ازد واجا
33	9	يهمون	يهتمون
41	2	استيقت	استقيت
50	هامش1	يتقيد	لم يتقيد
55	هامش3	يحيل	يميل
59	11	للمحكلفين	للمكلفين
62	7	بعد	بعد ما
67	3	جمهور بهم	جمهورهم
67	الأخير	فبعضها	فبعضهم
70	1	الخطار	الحظر
72	2	من أفعال	في أفعال

صواب	خطأ	سطر	صفحة
الحظر	الخطر	2	72
بالاقتضاء	بالاقتصاد	7	72
ابو	ابوا	12	73
بكبح	بكبحة	15	75
أو معتدي	ستطت	18	75
الى قول الله	الى الله	هامش 3	78
ما استطعنا	ماساتطنا	هامش 4 3	81
صاحبه	صاحب	الأخير	102
التزوج بهن	التزويج بهم	4	104
وهي تقابل	وهو يقابل	1	123
الوقائع	الواقائع	8	123
سائد	سائر	18	142
ممتنعا	ممتعا	8	150
أبو مسلم الاصفهاني	الراغب الاصبهاني	17	156
أصحاب هذا الاتجاه	أصحاب الاتجاه	6	170
امتثال	تظلمه	20 ه	175
القانون	أصول الفقه	1	177
التشريع	الشريع	4	296
محمد بن جرير	محمد جرير	10	299
خلية	طلبة	17	300
فلاتة	خلاقة	75	303
سقط العنوان : محمد أبو زهرة الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي		108	304
الاستدلال	الاستلال	8	307